Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración
Carpetas Nos.1973 y 1979 de 2017

Versión Taquigráfica N° 1067 de 2017

ACTOS DE DISCRIMINACIÓN Y FEMICIDIO

Modificación de los artículos 311 y 312 del Código Penal

HOMICIDIOS COMETIDOS CONTRA NIÑOS O NIÑAS MENORES DE TRECE AÑOS

Modificación del artículo 312 del Código Penal

Versión taquigráfica de la reunión realizada el día 21 de junio de 2017

(Sin corregir)

PRESIDEN:	Señores Representantes Macarena Gelman, Presidenta y Ope Pasquet, Vicepresidente.
MIEMBROS:	Señores Representantes Pablo D. Abdala, Cecilia Bottino, Catalina Correa, Darcy de los Santos, Pablo González, Pablo Iturralde Viñas, Daniel Radío y Javier Umpiérrez.
INVITADOS:	Señor Director del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Dr. Germán Aller, y por el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Dr. Mario Spangenberg.
SECRETARIA:	Señora María Eugenia Castrillón.
PROSECRETARIO:	Señor Manuel Nande.

SEÑORA PRESIDENTA (Macarena Gelman).- Habiendo número, está abierta la reunión.

Hemos decidido abrir un compás de espera de quince días con respecto al primer punto que figura en el orden del día, relativo a la participación equitativa de ambos sexos en la integración de los órganos electivos nacionales, departamentales y de dirección de los partidos políticos.

En la sesión del día de hoy recibiremos, en primer lugar, al doctor Aller, quien nos asesorará acerca de los proyectos de actos de discriminación y femicidio, y homicidios contra niños o niñas menores de 13 años.

(Ingresa a sala el doctor Germán Aller)

——Damos la bienvenida al doctor Germán Aller, director del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Agradecemos su disposición para asesorarnos respecto a los proyectos de discriminación y femicidio, y homicidios cometidos contra niños o niñas menores de 13 años.

SEÑOR ALLER (Germán).- Para mí es un inmenso gusto contribuir de alguna manera en el debate de estos proyectos.

Lógicamente, uno va viendo no solo los proyectos uruguayos sino lo que acontece en otros países y legislaciones, así como lo que opinan otros estudiosos del tema. No es novedoso que en un país se quiera introducir algo de este tenor. Obviamente, cada nación le da su impronta y en el caso uruguayo hay algunas particularidades que lo diferencian de otros países, pero hay cuestionamientos o críticas que se han alzado en forma sistemática y que son aplicables a los proyectos que nos conciernen. La primera de ellas es considerar que se trata de lo que habitualmente denominamos un derecho penal meramente simbólico. ¿Qué quiere decir? Aclaro que esto no pretende agraviar a nadie, pero es una realidad empírica; se trata de disposiciones que en la eventualidad de que se transformen en ley quedan como mensajes sociales. Quizás como tales no sean malos, y hasta diría que son buenos -aunque eso va en la opinión de cada quien-, pero son ajenos al derecho penal, porque sin perjuicio de que este dé mensajes sociales, su misión no es esa sino brindar un instructivo a los operadores del sistema penal -como el Código Penal o la ley penal- para saber qué hacer cuando se encuentren ante conductas que son socialmente reprochables y elevadas al rango de delito por el legislador. En realidad, esa es la misión básica del derecho penal, aparte de la defensa de los bienes jurídicos.

Si analizamos el tema por el lado de la defensa de los bienes jurídicos, las normas que se proponen podrían ser muy buenas si no estuviesen contempladas, pero de hecho ya está todo contemplado o, por lo menos, todo lo fundamental; siempre hay algunos aspectos o aristas con respecto a las que puede caber la discusión de cuán contempladas están, pero la regla es que están contempladas.

También es de lógica que surja un segundo proyecto referido a homicidios contra niños o niñas menores de 13 años -hablando de manera un poco genérica; luego entraré al detalle-, así como supongo que luego vendrán muchos otros. En el tenor de estos mensajes tendrá que venir un proyecto de delito contra ancianos; supongo que vendrá otro contra personas vulnerables por estar bajo el efecto de drogas lo cual, inclusive, puede tener que ver con un experto en lucha, en combate, en algún tipo de ejercicio físico, o un deportista; cualquiera que se encuentre en una situación de minusvalía o indefensión tendría que tener una ley propia. ¡No! Precisamente, para eso tenemos normas generales en el Código. Por supuesto que son mejorables, pero ya contemplan las situaciones de vulnerabilidad.

Entonces, uno se ve en la disyuntiva de opinar acerca de estos dos proyectos, que uno es consecuencia del otro; la segunda iniciativa también pretende modificar el artículo 312 del Código Penal acerca de los homicidios o crímenes contra niños o niñas menores de 13 años, que hasta surge de la exposición de motivos.

Además, la letra inhibe de mayores comentarios, ya que el posible numeral 9º, refiriéndose a la agravatoria del artículo 312, expresa: “Sobre la persona de un niño o niña menor de 13 años en cuanto este no hubiera desarrollado o participado previamente en un acto de provocación contra el autor del hecho”.

Este último tramo contiene una cláusula a los efectos de contemplar la hipótesis de que esa niña o ese niño fuese quien haya generado la situación en términos generales, en cuyo caso no entraría el agravante.

Por lo tanto, las críticas que merece este proyecto van concatenadas al otro, con la diferencia de que este es consecuencial, y que de aprobarse el primero, sería de lógica que luego ocurra la aprobación de un sinfín de proyectos. Me parece que eso es inequívoco; considero que ese va a ser el deber ser legislativo si se aprueba el primero, que si bien tuvo algunas modificaciones en el Senado, fue aprobado por unanimidad. Obviamente, esa unanimidad no solo es válida sino que brinda un mensaje a la sociedad en el sentido de que el Senado apoya plenamente un proyecto de ley al cien por ciento. Lo que llama la atención es que la academia prácticamente al cien por ciento diga exactamente lo contrario que el Senado. Evidentemente, ha habido algún problema de comunicación. No sé quién es el portador de la verdad, porque es algo intangible y

nosotros no somos sus titulares, pero llama la atención que no haya habido votos en contra en algo que desde el punto de vista doctrinario siempre ha sido considerado un derecho penal simbólico, un derecho penal de enemigos, visto de la perspectiva de determinado género, o de amigos, visto desde la perspectiva del otro género. Cabe aclarar que tanto el derecho penal de amigos como el de enemigos son rechazables. No podemos legislar para los amigos, contra los enemigos; esto va de suyo que no por mandato constitucional.

Además, es de *marketing* porque, entre otros aspectos, está hecho para redondear una serie de planteos y cuestiones en las que seguramente haya acuerdo para las mejoras y respetar la igualdad de las personas. En este caso, se refiere a las mujeres, por más que el proyecto de ley no se agota en eso y se refiere a otras cuestiones que también voy a mencionar. En realidad, el meollo es el femicidio y así fue planteado.

Es lógico que en un país como Uruguay, que ha tenido una larga tradición en procura de buscar en todos los rubros la igualdad de las personas -por momentos congelada-, se esté constantemente revisando la legislación, pero en este caso no lo vemos así. Utilizo el plural porque en mi calidad de director del instituto consulté vía correo electrónico -no había tiempo para hacer reuniones- a todos los integrantes, que son alrededor de setenta profesionales, preguntándoles si apoyaban alguno de estos proyectos. Las respuestas fueron todas negativas, es decir que nadie los apoyaba, a pesar de que obviamente hay gente que no se pronuncia. A partir de la base de que tenemos un sistema muy abierto y liberal, en el que no distinguimos por grados en la carrera docente y escuchamos a todas las voces -es decir, da igual haber comenzado la formación docente el año pasado o llevar treinta o más años efectuándola-, y nadie ha alzado la voz para decir que alguno de estos proyectos le parezca aceptable. Esto no quiere decir que necesariamente tengamos razón.

En cuanto a los aspectos técnicos, que es el motivo de la convocatoria, en el proyecto de ley aprobado por el Senado se propone modificar una serie de aspectos. El artículo 311 establece una agravatoria especial del delito de homicidio y el artículo 312 refiere a la agravatoria muy especial. Las propuestas tienen distintos niveles de problemas, pero ninguna está exenta de eso.

En el primer caso, hay un buen tramo del primer numeral en el que se refrenda lo que ya está consagrado. Hay expresiones y palabras que se mantienen, y solo se introducen algunos cambios de expresión. Por ejemplo, se agrega la idea de excónyuge, exconcubino y exconcubina, y se quita lo de *more uxorio*. Creo que esto no tiene mucha relevancia, no hay mayores inconvenientes y no considero que sea el meollo del asunto.

Luego, aclara: “o cuando se cometiera por persona con quien la víctima tuviera o hubiera tenido”. Se utiliza tiempo presente o pasado; no se sabe cuánto pasado; uno ha de presuponer que el pasado será el de la prescripción del delito, pero es un campo difuso, abierto, que queda librado a la interpretación de los jueces. Es verdad que hay que dejar algo a interpretación a los jueces que, de hecho, siempre tienen que interpretar la ley, pero en materia penal -no me refiero a otra- las buenas leyes son las que entiende cualquiera.

El primer punto es que las leyes se entiendan, es decir que sean fácilmente inteligibles tanto para el juez como para el ciudadano. En realidad las leyes penales están dirigidas a los jueces, que son los que las van a administrar. El ciudadano observa las leyes y tiene una idea, pero no desayuna leyendo el Código Penal o el diario oficial. O sea que hay un concepto de cultura, lo que a comienzos del siglo XX Max E. Mayer denominaba como normas de cultura, que tienen que condecir con las normas de derecho. Esto implica que el legislador debe observar las normas de cultura y legislar conforme a ello, y el juez debe aplicar esa legislación, porque de alguna manera coincide con las mentadas normas de cultura. Esto, que viene desde comienzos del siglo pasado, se mantiene intacto en la estructura. Consideramos que la mejor manera de legislar es haciéndolo de acuerdo con lo que la sociedad pondera o contempla, sin perjuicio de respetar los aspectos, principios, valores jurídicos y dosimetría de las penas, que se va a ver francamente afectada en el sentido negativo.

Esta concepción de haber tenido una relación de afectividad e intimidad -como dice el texto-, es intangible, porque en el campo de la afectividad -si no estoy equivocado- no entra solo el amor, sino que los afectos los tenemos entre compañeros de estudio o trabajo. La relación de afecto es inmensa y hay muchos espacios. El hecho de agravar porque haya habido un vínculo de afecto, nos hace pensar que en la gran mayoría de los homicidios hay un vínculo previo entre las personas, tal como decían en las décadas del cincuenta o sesenta los investigadores Wolfgang y Ellenberger en unos estudios interesantísimos efectuados en Francia y Reino Unido.

El homicidio completamente aislado ocurre, pero no es la regla. Ergo, prácticamente todos caerían en esta agravante, con las connotaciones que tiene en la punición. Estamos hablando de un mínimo de pena tremendo debido a que ha habido un vínculo afectivo que, además, se fracturó y no existe, y tanto es así que se llega al homicidio. Este asunto nos preocupa tremendamente.

Lo relativo a la intimidad parecería ser un poco más estricto, pero el concepto de intimidad que hemos de interpretar con el lógico sentido de las palabras no significa necesariamente ningún tipo de contacto sexual, genital ni nada por el estilo, sino que puede tener que ver con abrirse a los demás y mostrarse plenamente en ámbitos que son reservorio de la intimidad de las personas.

Entonces, como comentaba en una nota que me envió el juez Juan Carlos Fernández Lecchini, quien integra nuestro Instituto de Derecho Penal y Criminología, esta norma se torna prácticamente imposible de aceptar en un sistema jurídico porque con esto Uruguay pasaría a la categoría de países en los que todos los homicidios estarían especialmente agravados. Me parece que eso está muy lejos de los propósitos que surgen hasta de las exposiciones de motivos. Es decir, hay una desproporción entre lo que es quizás un muy buen anhelo y lo que luego se plasma en la disposición. A mi modo de ver, estas expresiones no contribuyen en absoluto.

Luego se agrega una cláusula que separa de otras disposiciones: "y siempre que no constituye circunstancia agravante muy especial, de las establecidas en el artículo siguiente".

En realidad, la parte de los afectos y de la intimidad en muchos casos sí va a coincidir con lo que vendrá luego en el artículo 312, y en otros no. Pero quedándonos en las hipótesis de que no sería viable la aplicación del artículo 312, en lo concerniente a la modificación del artículo 311 es, a nuestro modo de ver, totalmente exagerado en cuanto a las penas. Me remito al Código que, en definitiva, modifica ese artículo y establece un mínimo de diez años de pena y un máximo de veinticuatro -en el guarismo de los diez a veinticuatro años-, frente a un homicidio del artículo 310, que llega a un máximo de pena de doce años. Se cruza en dos años. Me parece que si el vínculo en ese homicidio fuera el afecto o la intimidad, colocar un afecto o una intimidad que ya no existe, que ya no está, que no sabemos cuántos años hace que desapareció, en un mínimo de diez años, carece de fundamento empírico, social y no condice con nuestras normas de cultura, en un país que se ha caracterizado en la región -no digo en el mundo sino en la región- por ser muy racional cuando aplica criterios punitivos. Inclusive, Uruguay ha sido visto por los países hermanos como un ejemplo a imitar; cada vez nos ven menos como ejemplo a imitar. Es verdad que algunos de ellos están bastante peor, pero nos estamos apartando de un camino que nada tiene que ver con ideologías estrictamente políticas partidarias, sino con la cultura de nuestro pueblo, con nuestra idiosincrasia.

Uruguay fue el primer país en eliminar la pena de muerte, y nos sentimos orgullosos de decirlo. ¿Nos podemos sentir orgullosos de incrementar permanentemente las penas -en este caso, las que estamos discutiendo en el día de hoy- sabiendo cómo son nuestras cárceles y que la reclusión en Uruguay, como pasa en muchas partes del mundo, es una gran fábrica de delitos? No necesariamente el hecho de mandar a un individuo a la cárcel por todo este tiempo -que en muchos casos equivale al cumplimiento de la teoría de la incapacitación, es decir, el individuo queda absolutamente incapacitado y punto- permite decir "pronto"; hay que ver esas prisiones, hay que olerlas, sentirlas y darse cuenta de que puede haber situaciones de homicidios; los homicidios penalmente reprochables los censuramos todos; no es una defensa del homicida. Hay que ver que perfectamente puede darse la circunstancia en esta propuesta gravatoria del artículo 311 y como en la del artículo 312 -esto corre para todas las hipótesis- que se trate de una situación en la que, por ejemplo, haya existido legítima defensa incompleta y que efectivamente se mate habiendo existido antes una relación de afectividad -me adelanto- o un vínculo varón- mujer y que mate a la mujer y entonces sea femicidio; reitero que sería en una situación de legítima defensa incompleta, estado de necesidad incompleto o en cualquier otro vasto elenco de las atenuaciones previstas en el artículo 46 del Código Penal, para luego encontrarse con un mínimo de quince años de reclusión.

En una circunstancia similar, simplemente cambiando el género, la condición, o la situación y no el género, significaría que ese individuo podría estar preso durante dos, tres o cuatro años, pero va a estar no menos de quince. ¿Cuál es la dosimetría de las penas en estas cuestiones? ¿Cuál es la igualdad que estamos generando desde esa perspectiva? ¿Con eso estamos protegiendo más a las mujeres, si es que lo queremos? Sería una novedad, porque no ha pasado en ninguna parte del mundo. Uruguay es un país único en muchas cosas, pero creo que en esto no. Si nuestro país consagra alguna gravatoria con esas penas, sí vamos a asegurar muchos

más reclusos por mucho más tiempo, gente colocada en verdaderos depósitos de resquicios humanos. No son todos los casos porque hay prisiones que están en muy buen estado, pero la regla es que no; alcanza con recorrer el Comcar, y esa es la realidad uruguaya. El resto es agregar una cifra.

Y cuando vemos esa situación, se comprueba que no condice con el Uruguay tradicional, liberal, cultural de todos los partidos políticos. Ahí hay un problema que tiene que ver con esas normas de cultura en las que hago tanto énfasis -disculpen la insistencia-, pero pienso en un Derecho Penal realista. No es mi intención hacer una discusión pura y exclusivamente de lo dogmático o penal. La parte científica debe estar, pero nunca podemos perder de vista que las leyes también son expresiones de la cultura de un pueblo. En ese sentido, según mi modo de ver, nuestra cultura no va por este lado.

En el artículo 312 se propone anexar un artículo que, a su vez, viene del 311 y que está interconectado con el artículo 47 del Código Penal en una muy buena armonía, que hay que actualizar pues por algo tenemos un proyecto de Código Penal, que todavía está en discusión. Ojalá que se apruebe pronto, pese a los efectos que tiene y a las correcciones que se le pueda introducir, para tener un Código moderno y superar el que tenemos, que su modelo es de 1930 y que entró a regir en 1934. En su momento fue un Código modelo sumamente elogiado, nada más ni nada menos, que por don Luis Jiménez de Asúa, que era el presidente de la República Española en el exilio, viviendo en Argentina, que consideraba a don José Irureta Goyena como uno de los mejores juristas latinoamericanos. Pero eso no quita que nuestro Código hoy sea obsoleto en muchos aspectos. Justo en este punto es donde no es demasiado obsoleto, y esa es la parte tragicómica del asunto. Se pretende modificar justo donde teníamos paz; donde hay guerra parece que estamos quietos. Con el abuso de funciones hay guerra; en eso todos los juristas estamos de acuerdo en derogarlo, pero en este caso no. En este caso, que todos los juristas estamos de acuerdo con que no hay que tocarlo, hay que tocarlo. Evidentemente, tenemos una gran desconexión; francamente creo que no nos vamos a poner muy de acuerdo.

Es bueno no estar de acuerdo, porque en el respeto del desacuerdo pueden surgir soluciones buenas. No sé si transaccionales. En ninguna de las dos veo punto de transacción posible, pero por lo menos la intención está y eso sabemos que vale.

En general, la Academia no es un ámbito que viva en la *obstruccería*, en la abstracción, o en el mundo de los libros y encerrada. Nos gustan los libros. En mi caso personal tengo miles de ellos y me encantan. Es mi futuro cuando me jubile, pues voy a dedicarme realmente a eso que todos critican.

Pero vivimos la realidad, conocemos los juzgados, sabemos qué es esperar detrás de las barandas, sabemos qué es el secreto presumarial, el maldito secreto presumarial inconstitucional. También sabemos que en Uruguay existen las pesquisas secretas violando la Constitución, en la propia actividad judicial, es decir, en momentos en que de ninguna manera se nos permite acceder a la información del individuo que está siendo indagado. Conocemos toda esa realidad: las prisiones, las personas que delinquen, los policías, los jueces y los fiscales; nos conocemos a nosotros mismos. Vivimos empapados de la realidad.

Es decir, no nos cae el sayo cuando se dice: "Ustedes viven en un mundo abstracto". Ese tipo de afirmaciones yo las contestaría de la siguiente forma: "¿Cuántas veces ha ido usted al juzgado y a las prisiones? Y luego le cuento cuántas miles de veces he ido yo. Ahí me parece que también hay que plantear la Academia, salvo rara excepción que la hay, no vive de la Academia porque como saben paga precios miserables. Por lo tanto, vivimos de nuestra profesión, de nuestro oficio. En este caso, es la actividad en el Derecho Penal y no otra. Y también de la enseñanza, pero sabemos que es meramente vocacional, y casi una locura.

El artículo 312 establece el numeral 7º, y dice: "Como acto de discriminación por la orientación sexual, identidad de género, raza u origen étnico, religión o discapacidad".

Acá voy a procurar ser breve porque quizás los puntos más álgidos sean los próximos.

En un evento que organizó el Centro de Estudiantes de Derecho -CEDE-, al que se invitó a gente de algunas organizaciones de género, inclusive, a una dependencia del ministerio público -no recuerdo el nombre- que atiende la cuestión de género -lo cual me parece estupendo-, hice mención a este numeral y dije que se podía superponer con otros aspectos, como, por ejemplo, con el concepto de lo que se establece en el numeral 8°. Algunas de estas personas me decían que son cosas distintas y que nada tiene que ver la identidad de género con el femicidio, con la orientación sexual, etcétera; obviamente, no hay vinculación con la raza, el origen

étnico, la religión o discapacidad. Es posible que tengan razón, pero me hago un planteo simple: si luego de tres décadas de enseñar derecho penal yo no tengo clara esa diferencia, me pregunto si la tendrá clara el resto de los ciudadanos que nunca estudió derecho penal. Entonces, volvemos a lo que se habló hace un rato: hay que decir las cosas claramente, qué es lo que se quiere, y decirlo en forma nítida. Ahora, aun dándoles crédito -varias de esas personas son muy queridas amigas- de que quizás haya un margen lógico de ignorancia mía en ese aspecto -he tratado de quitármela, aunque no he podido, pues sigo pensando igual, pero ello no obsta de que quizás yo esté francamente equivocado-, dándoles la razón, eventualmente, me parece que esto de la cuestión de identidad de género y de la orientación sexual deja un espacio, por lo menos, a racionales dudas. Eso es con lo que el juez se va a encontrar en el despacho, de apuro, y en las audiencias de formalización, cuando entre en vigor el nuevo Código del Proceso Penal -la etapa presumarial no existiría más; habrá etapa investigativa del fiscal y, luego, la audiencia de formalización- ; el juez al que le llegue esto en el turno, va a actuar de una manera no muy distinta a la que lo hace en la actualidad porque la delincuencia del turno, lo que pasa en el momento, que llega rápidamente en esas primeras horas en que es captado un individuo *in fraganti* delito o algo por el estilo, la operatividad no será tan distinta y resolverá no un auto de procesamiento, porque no habrá más, pero sí la iniciación, propiamente dicha, de la causa penal a través de la audiencia de formalización. Cuando vea esto, va a tener que dilucidar muy rápidamente en qué consiste, y creo que le surgirán las mismas dudas a que hice referencia. Pero si es nada más que una cuestión de esclarecer lo que quieren decir esas palabras, se puede hacer, en un sentido o en otro, tanto nosotros estudiándolas mucho más y recurriendo permanentemente a los diccionarios o siendo aclaradas en el proyecto de ley. Esas son las opciones que nos quedan.

No soy muy partidario -lo digo a título personal- de dejar libradas las cosas al criterio o a la interpretación de los jueces, porque estos tienen una larga y muy buena tradición de ser de excelente nivel, pero no quiere decir que todos lo sean y que no se cometan lógicos errores. Por lo tanto, cuando aumentamos el espacio interpretativo, también aumentamos el espacio de error de los jueces y puede suceder que la decisión que se tome en un juzgado resulte completamente distinta a la que se tome al lado; estos son problemas que hay que precaver.

El segundo numeral que se propone agregar -que sería el 8° en la nueva versión hipotética-, proyectado en el artículo 312, corresponde al femicidio. Esto es interesante porque contrariamente a lo que uno imaginaba cuando vio surgir este proyecto -esto me llamó la atención, positivamente-, ninguno de los grupos feministas y de género con los que he podido dialogar dijo que estaba de acuerdo con el agravante. Como dije, esto me llamó la atención; absolutamente ninguno estaba de acuerdo. Yo pensé que, por el contrario, esas personas me iban a decir que sí. Lo que señalan es que les interesa mucho más que salga adelante la ley integral y no meramente un agravante, y que el propósito de estos grupos no es solo que las personas vayan más tiempo presas, sino que haya un reconocimiento a la situación específica de la mujer. En casi todo estamos de acuerdo, hasta la última parte; estamos de acuerdo con respecto a lo no penal, pero no en lo penal, porque la distinción de mujer o no mujer plantea serios inconvenientes y, antes de la lectura, surge un problema que va de suyo. Uruguay ha tenido un gran avance en su normativa, estableciendo el matrimonio igualitario y reconociendo una serie de derechos; falta bastante por conseguir, por obtener, para lograr la verdadera igualdad. Ahora, inequívocamente uno se plantea que si se va a producir el femicidio como agravante, también se le imputará a la mujer que mate a otra por su condición de mujer. Esto lo presumo, porque la disposición no dice nada que se oponga a lo que estoy afirmando. Entonces, ¿cómo quedaría colocado el tema de género allí? Se dice: “Estamos igualando”. Entonces, háganlo más igual y no propongan esto; directamente, no lo hagan.

Por otra parte, ¿qué va a pasar con determinadas situaciones que se plantean? Como experiencia, pregunté a los estudiantes de derecho de cuarto año de facultad -que si bien son jóvenes, no son niños, y ya están llevando a cabo sus prácticas- cómo interpretarían esto a la luz de una persona travestida que se le mata por su condición de aspecto de mujer, pero que no es mujer, porque está travestida. Entonces, ahí, el estudiante responde: “Vamos con todo”. Ese es el problema que va a pasar en la sociedad. Entonces, ¿qué hacemos? ¿Imputamos el agravante o no? Si no imputamos el agravante, sería una injusticia como agravio comparativo respecto a otras situaciones, pero si imputamos el agravante resulta ser que, en realidad, no es un femicidio porque no se trata de una mujer. Por este motivo, este numeral se cruza con el anterior. Estamos hablando de alguien que se identifica con el rol de mujer, pero no es estrictamente una mujer en el sentido jurídico de la palabra, no me refiero desde el punto de vista genético. Si fuese partidario de este proyecto de ley, igual no aceptaría esta versión, pero no soy partidario de esta iniciativa. Quiere decir que aun concordando en la hipótesis de lo que se quiere hacer, la forma de hacerlo no resulta apropiada y generará serios inconvenientes

prácticos y no teóricos, que sería casi lo de menos. Lo teórico se resuelve con una pericia médico legal: es varón o mujer. Pero, ¿en lo social? ¿En lo cultural?

Venimos diciendo que debemos respetar a las personas en cuanto a la libertad de opciones sexuales -o como se le quiera denominar-, de forma de ser, de estilos de vida, y esto no contribuye. Es un derecho penal simbólico.

Voy a mencionar algo que dijo Juan Carlos Fernández Lecchini: esta ley es discriminatoria en el otro sentido, es decir, para los varones. En materia penal no tenemos problema en decirlo; en otros rubros, quizás, haya que hacer una gran separación, pero, en Derecho Penal, es mucho menos, tenemos esa gran ventaja. El Derecho Penal tiene muchísimos problemas, pero este no. En general, utilizamos fórmulas genéricas, con expresiones como "el que", que no tiene género, o "la persona que", que obviamente abarca todos los géneros. Es decir, en Derecho Penal no tenemos ese inconveniente.

Recuerdo una expresión de Eugenio Raúl Zaffaroni, décadas atrás, que siempre me parece muy atinada. Se refería a Argentina, no a Uruguay, en el que nos pasa en menor dimensión, pero, lamentablemente, nos ocurre. Decía Eugenio Raúl Zaffaroni que se legisla tanto por fuera del Código Penal que al final se termina teniendo más derecho penal fuera del Código que dentro de él. Lo que se legisla fuera del Código Penal suele -por no decir casi siempre- no condecir con la dosimetría de las penas del Código Penal y hay una gran desarmonía, como es este caso. Se fractura la estructura lógica del sistema penal.

Entonces, Zaffaroni decía -refiriéndose a Argentina- que iba a llegar un momento en el que a un turista le íbamos a mostrar un libro en un museo y le diríamos que ese era el Código Penal. ¿El viejo Código Penal? No; el Código Penal vigente. Lo que sucede es que, de hecho, ya no le quedará nada y, prácticamente, será un artefacto de museo; estará tan manoseado que, al final, no le quedará nada.

Por esta razón, creo que todo este tipo de cuestiones hay que verterlas al proyecto de Código y resolverlas en un proyecto de Código, todo integrado, es decir, en un Código Penal que Uruguay reclama a gritos desde hace muchas décadas. El doctor José Irureta Goyena partía de la base de que el Código no iba a durar más de veinte años. Si hoy estuviese vivo, creo que volvería a la tumba de apuro de solo considerar que su proyecto de Código, su Código, está vigente tantos años después. Me parece que ese no es un aspecto menor. Aprovecho la oportunidad para hablar sobre estos temas porque creo que hasta se pueden debatir mucho mejor cuando uno está metido en la mecánica del proyecto de Código.

Se habla aquí del homicidio contra una mujer, que ya no sería homicidio, sino femicidio. Esto es también preocupante, porque homicidio, etimológicamente, no quiere decir matar a un varón. La palabra, en su origen latino, lo que quiere decir es matar a otro individuo de la especie humana, a otra persona, a otro centro de imputación de derechos, de deberes; es decir, todas las formas que podamos utilizar para referirnos a seres humanos. A veces he escuchado, en algunos ámbitos -llamémosle sociales o periodísticos-, que el delito de homicidio es un concepto machista. Francamente, decir eso es un disparate. Es como decir que el delito de rapiña solo lo puede cometer el varón o solo lo puede cometer la mujer. No tiene ton ni son. Si hacemos tanta especificidad, en algún momento tendríamos que hacer una regla genérica. Estupendo; ya la tenemos: el artículo 310. ¿Por qué no lo dejamos como está? Si queríamos igualar, lo teníamos hecho en el artículo 310. Además, después veremos que el Código -que hay que modificar y actualizar- ya preveía algunas situaciones.

En el numeral 8° propuesto aparece el tema del odio, desprecio, menosprecio. Ese no es un tema menor. La expresión "desprecio o menosprecio" da toda la impresión de que es redundante, completamente. Digo esto porque las palabras "desprecio", "menosprecio", en nuestro idioma, significan prácticamente lo mismo. He leído en versiones taquigráficas anteriores que así también lo planteaba el señor diputado Ope Pasquet. No veo una diferencia a trazar entre el menosprecio y el desprecio. Obviamente, son sentimientos negativos, de minusvalorar al otro; cualquiera de los dos lleva a lo mismo. Es una superfetación, una sobreabundancia legislativa que, en general, lo que suele expresar es inseguridad al legislar. Es decir, al no estar muy seguros, se ponen, por ejemplo, verbos en cascadas, demasiadas expresiones. Esta es una moda muy norteamericana, de Estados Unidos, porque ellos aunque tienen un excelente proceso, carecen de ciencia penal. Ellos utilizan muchas veces esta fórmula porque de esa manera abarcan todo. Pero, en Uruguay, que tenemos juristas de fondo en todos los niveles, no la necesitamos. Nos manejamos mucho mejor con menos palabras. Además, el idioma español tiene muchísima más riqueza que el inglés -no lo digo en sentido peyorativo; es un precioso idioma-, porque, por ejemplo, para decir "yo soy" o "yo estoy", en inglés solo hay una palabra; pero, para mí,

ser o estar no es lo mismo. Eso está claro. Entonces, como conceptualmente somos diferentes, no necesitamos utilizar estas palabras redundantemente.

Volvemos a la primera palabra: odio. El problema es que, en general, los homicidios suelen ser una expresión de odio, que puede surgir repentinamente por una discusión en un bar o en la calle, independientemente del género o sexo de las personas, o que puede venir desde atrás por problemas de relaciones domésticas o por cualquier situación. Aquí aparece como un agravante que se va a llevar a un mínimo de quince años y hasta treinta años. Es una hipótesis en la que, por ejemplo, la pareja de la mujer -que puede ser varón o mujer- le tenga odio o le tome odio, sea repentino o de antaño, no la mata aún, los dos conviven en un infierno, los dos se agreden recíprocamente -cosa que en Derecho Penal lo vemos en los juzgados a diario, es muy frecuente- y no se sabe nunca cómo empezó, quién empezó, da igual. Pero resulta que hay uno que es matador; en este caso, sería el varón o la mujer respecto a otra mujer. Si uno revisa las situaciones, como primer punto, se da cuenta de que no hay duda de que merece reproche, que esa persona ha de ir presa y que ha cometido un delito de homicidio. Eso no está en discusión. Pero puede tener una serie de atenuantes que llevaría a que la condena fuese, para poner términos racionales, prácticos, no hipotéticos, seis años, ocho años. Aquí, arrancamos con un piso de quince años. El mínimo es quince años, y donde tenga algún agravante, cualquier que fuese, ya se nos puede disparar de quince a dieciocho, a veinte, a veinticinco y llegar a los treinta años. Comparativamente, si agarramos a un individuo que ha llevado a cabo una conducta sumamente grave, de las clásicas previstas en el artículo 310, agravada con el artículo 312, advertimos que estará menos tiempo que esta otra persona que sí, efectivamente, ha matado con odio, como la otra, que también mató con odio, pero en circunstancias que no tienen que ver con el femicidio. Entonces, se van a ver en la misma celda, se van a mirar uno al otro y van a decir: “Hay algo que falla, porque mi homicidio fue mucho peor que el tuyo, pero vos va a estar mucho más tiempo que yo”. Esta es una manera de mirar la realidad de lo que va a acontecer. A mi modo de ver, hay una desproporción tremenda en esto. Los grupos con los que he hablado concuerdan y no han hecho con esto una diferencia.

Creo que agravar por odio -que suele estar presente- puede no estar mal, pero, en todo caso, tendría que ser un agravante genérico -que ya está contemplado; después lo veremos-, y entrar por otro camino, no llevándolo a un agravante muy especial, con un mínimo de quince años. Me parece que ahí perdió el norte la cuestión.

Luego, viene todo un capítulo, que es el más extenso; desde ya advierto que en absoluto es compartible. Comienza -y lo hace mal- estableciendo: “Sin perjuicio de otras manifestaciones […]”. Surge una pregunta, de cajón: ¿cuáles son las otras manifestaciones? Es un campo inmenso, totalmente inexplorado, que no sabemos cuál puede ser la dimensión que tenga. Es decir, la expresión “sin perjuicio de otras manifestaciones” es de una apertura tal, es tan laxa, que deja librado al intérprete casi cualquier cosa. Por lo tanto, ya quiere decir -interpretación que han hecho unos cuantos, no solo quien les habla- que todo lo que viene después no es un *numerus clausus*, sino que es una ejemplificación, porque se establece la expresión “sin perjuicio de”; quiere decir que puede haber otras. El idioma español en eso es clarísimo, y así lo vamos a interpretar los operadores del sistema.

Se establece: “Sin perjuicio de otras manifestaciones, y salvo prueba en contrario […]”. Esto último quiere decir que estamos ante una presunción de que hay odio, menosprecio, desprecio. Es decir, presumimos, por supuesto, el mayor grado de reprochabilidad, porque por eso hay más pena. Las presunciones en Derecho Penal son mala cuestión; no hay que tenerlas, y si hay algunas, las menos posibles, y en este caso indudablemente no era necesaria. La presunción implica una inversión de la carga probatoria: se invierte *onus probandi*. Es decir, el individuo va a tener que demostrar que no odia, que no menosprecia, que no desprecia. Esa carga incumbe al ministerio público; no incumbe al imputado, al indagado, al investigado ni al defensor. Es decir, en este tipo de cuestiones no hay que presumir absolutamente nada; todo hay que probarlo, y mucho más con el nuevo Código de Proceso Penal, por más que esto no depende de ese Código, quiero advertirlo. A la luz del nuevo Código del Proceso Penal a entrar en vigor en la fecha que le toque, está claro que esto es absolutamente rayano con lo absurdo, porque esta es una carga del ministerio público: investigar y demostrar que efectivamente existen estos nefatos sentimientos en el individuo. Dice: “[…] salvo prueba en contrario […]”, así que va a haber que probarlo, advirtiendo que en proyecto inicial la presunción era absoluta, total y no admitía prueba en contra. Se modificó y se estableció una forma un poco más moderada, pero tampoco por ello aceptable. Se establece: “[…] salvo prueba en contrario, se considera que existieron motivos de odio, desprecio o menosprecio, por su condición de tal,” -de mujer- “cuando: […]”, y se mencionan tres hipótesis. Advierto que ninguna de ellas condice estrictamente con el odio, el desprecio o el menosprecio. Puede que sí

y puede que no. Se presume algo que ni siquiera se deduce de lo que viene después. Hay problemas semánticos de consideración.

El artículo 2º continúa: “a) A la muerte le hubiera precedido algún incidente de violencia física, psicológica, sexual, económica o de otro tipo, cometido por el autor contra la mujer, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima”. Esto plantea muchos inconvenientes. No dice cuánto tiempo hace. Sabemos que no ha sido denunciado; ¿cómo lo vamos a probar? Le delegaremos esa carga al fiscal y tendrá que demostrarlo, eventualmente, con testigos o lo que fuese. Supongamos que conseguimos esa prueba; este es un tema estrictamente probatorio. El hecho de que haya habido antes algún tipo de conducta de violencia, del tenor que fuese -que no compartimos y censuramos-, ¿significa estrictamente que la persona mata por odio? Me parece que, hasta ahora, la respuesta a esa pregunta suele ser la misma: no; no tiene por qué. La persona puede haber tenido esas expresiones -puede haber pasado-, no odiar y luego matar por un hecho coyuntural. Sin embargo, presumimos que hay odio. Vaya el individuo a demostrar que no es así, teniendo en cuenta este hecho que tiene una presunción que lo deja prácticamente aniquilado.

Continúa estableciendo el artículo: “b) La víctima se hubiera negado” -otra presunción- “a establecer o reanudar con el autor una relación de pareja, enamoramiento, afectividad o intimidad”. Acá se habla de que la víctima se hubiese negado a mantener una relación sentimental. ¿Eso hace presumir que esta otra persona la odia, la desprecia o la menosprecia? A mi modo de ver, no necesariamente. En algunos casos puede ocurrir que sí, pero, en otros, directamente no. El individuo puede llegar a matar exactamente por lo contrario, porque se siente despechado. Ni desprecia, ni menosprecia ni odia y, en un arrebato de violencia -todo esto está previsto en el Código; hasta podemos hablar de un impulso de brutal ferocidad-, mata a la persona, llorando desesperadamente la muerte -lo hemos visto en la práctica- porque se da cuenta del acto desvariado que ha llevado a cabo. Lo consideramos responsable y el acto es reprochable. Y lo atraparemos, posiblemente a través del artículo 310 del Código Penal -agravado por el artículo 312-, pero no por esta situación, sino por las que ya están contempladas en el Código Penal. No necesitamos esto para ese tipo de conducta.

Por último, el literal c) del artículo referido establece: “Previo a la muerte de la mujer el autor hubiera cometido contra ella cualquier conducta que atente contra su libertad sexual”. Más allá de las diferencias con las expresiones anteriores en cuanto a las conductas, con respecto a este literal, los comentarios son los mismos. Las conductas que haya tenido en lo previo no significan inequívocamente que odie, menosprecie o desprecie.

En forma muy escueta, quiero mencionar que esto ya lo tenemos resuelto porque el Código Penal prevé una serie de circunstancias -creo que huelga decirlo- que son perfectamente atribuibles a lo que hoy ubicamos en este proyecto. En el artículo 312 se habla del impulso de brutal ferocidad o la grave sevicia. Muchas de las hipótesis que hemos manejado entrarían en el impulso de brutal ferocidad, sin duda alguna. En cuanto a los medios de matar, quizás no necesariamente.

El numeral 1. del artículo 47 del Código Penal refiere a la alevosía, que en realidad tendría que haber estado en el delito de homicidio. Precisamente, la alevosía está dada por estas características: la muerte de la mujer como una persona más vulnerable, aprovechándose de esa condición. Es un crimen alevoso; agravante establecido en el numeral 1. del artículo 47. Esto ya está vigente.

El numeral 6. del artículo 47 refiere al abuso de fuerza y enuncia la situación de superioridad con relación al sexo. Esto me parece muy apropiado porque no dice qué sexo; habla de abuso y de la superioridad con relación al sexo. Esta es una norma igualitaria. Tendremos que visualizar las condiciones específicas de cada uno, como tiene que ser en el Derecho Penal. Estas disposiciones del artículo 47 son harto confiables desde el punto de vista operativo.

Además, hay otras agravantes del artículo 47, de menor incidencia, que también son aplicables. Me refiero al numeral 7., que habla sobre al abuso de confianza; al numeral 9., que establece el móvil de ignominia -puede estar presente en lo que se denominaría como femicidio, sin necesidad de que exista por ello-, y al numeral 14., que refiere al abuso de las relaciones domésticas.

Por lo tanto, a mi juicio, pese a las buenas intenciones que anidan en los proyectos, estas no redundan en beneficio de la operatividad del sistema penal, tampoco representan una mejora en lo legislativo desde el punto de vista técnico y, como mensaje social, es contradictorio porque, por un lado, tiene esa parte positiva de querer proteger a la mujer, pero, por otro, plantea serios inconvenientes con todas las situaciones confusas;

asimismo, es problemático en cuanto a las hipótesis sobre los delitos cometidos por otras personas que no tienen ese vínculo, independientemente del sexo que tengan, y que van a recibir muchísima menos pena -que es la racional- frente a este delito, que se va a ir totalmente fuera de banda.

SEÑOR PASQUET (Ope).- La exposición del doctor Aller ha sido riquísima. Luego leeremos la versión taquigráfica y reflexionaremos sobre los elementos que ha aportado a la consideración del tema.

No obstante, hay un punto al que no se refirió y sobre él concretamente pediré su opinión. El proyecto de ley aprobado por el Senado incorpora un numeral 5º al artículo 311 del Código Penal: "Si se hubiera cometido en presencia de personas menores de edad". Agradezco un comentario a ese respecto.

SEÑOR ALLER (Germán).- Agradezco la pregunta porque, tratando de ser breve, omití ese punto.

El hecho de que estén presentes menores de edad ya está contemplado como agravante. Podría estar como agravante en cuanto a la forma de dar muerte; entraría por el lado de la ignominia, de la alevosía. De hecho, tenemos jurisprudencia que lo acredita.

También es cierto que habría que ponderar situaciones tremendas -estamos hablando de situaciones espantosas, todas-, que tienen que ver con lo psicológico de las criaturas. El hecho de que estén presentes, ¿quiere decir que se percaten, que se den cuenta, que les llegue, que lo comprendan, que lo entiendan y que les incida? No necesariamente. La criatura en la cuna, que tiene meses, ¿lo percibirá? No soy psicólogo; eso quizás lo pueda responder otra persona, pero da la impresión de que hay hipótesis en las cuales de ninguna manera esto tendría que constituir una agravante específica.

Creo que a lo que se apunta, ya está contemplado. Me refiero al hecho espantoso de ejecutar a otra persona -independientemente del sexo- delante de niños, mostrando un espectáculo dantesco de privar de la vida a alguien, que puede ser su ser querido, sus progenitores; es una conducta aberrante. Tenemos Código de sobra para atraparla; no necesitamos enunciarlo. Además, esa afirmación, tal como está redactada, va a traer inconvenientes, en cierta medida, similares a los que explicité antes.

SEÑOR ABDALA (Pablo).- Agradezco la exposición con la que nos ha ilustrado el doctor porque ha aportado elementos más que relevantes y sustanciosos para analizar esta propuesta, que es compleja y representa un desafío para nosotros a la hora de acometerla.

Quiero formular tres preguntas muy concretas.

En primer lugar, me gustaría que el doctor Aller comentara algunos ejemplos del derecho comparado, es decir, qué experiencia de interés podría ser tenida en cuenta, que justifique la figura del femicidio o algún tipo de agravante.

En segundo término, por lo que dijo el doctor Aller, deduzco -y pregunto si lo hago bien, más allá de su notoria posición en relación a este proyecto de ley de principio a fin- que si se fuera por el camino de la aprobación del proyecto, habría una repetición en los numerales 7º y 8º. El numeral 7º establece con carácter amplio los actos de discriminación, entre otras cosas por identidad de género, y parece claro que el femicidio es una forma discriminar por razones de género. En ese sentido, creo que podríamos concluir que hay una suerte de reiteración en el numeral 8º, peligrosa precisamente por esa apertura de los literales que quieren enunciar distintas formas de la misma conducta. En definitiva, más allá de que me consta que el doctor Aller está en contra de avanzar en esta dirección, sería menos grave o riesgoso si se eliminara el numeral 8º.

En tercer lugar, quiero saber si podría entenderse que las razones invocadas en el proyecto -sexo, raza, género, etcétera-, para tipificar la discriminación ya están previstas en las agravantes genéricas incluidas en el Código Penal. Creo que no, pero hago la pregunta porque me parece importante que conste en la versión taquigráfica la respuesta del doctor Aller.

SEÑOR ALLER (Germán).- Son muy buenas las cuestiones planteadas, tanto por doctor Abdala -que fue mi alumno- como por el doctor Pasquet, de quien tengo un gratísimo recuerdo de aquellos tiempos en que veíamos la posibilidad de una apertura y la vuelta a la democracia. Éramos todos muy jóvenes y vivíamos momentos muy difíciles, hoy recordables, aunque no sé si se podría decir que con cariño. Fueron tiempos en los que ustedes hicieron tanto siendo muy jóvenes; yo hacía otras cosas, desde otros partidos, pero no

importaba, porque era todo lo mismo, ya que no nos distinguía ninguna bandera política. Digo esto porque creo que es bueno visualizar todas estas cuestiones teniendo en cuenta que el pasado nos pesa. Uruguay tiene una histórica tradición de democracia, que se vio vulnerada esporádicamente con algunas dictaduras, ninguna como la que nos tocó vivir en la década del setenta hasta la mitad del ochenta. Eso no solo nos golpeó mucho -en particular, a las generaciones que la vivimos intensamente- sino que nos marcó en el marco de lo jurídico para pensar siempre en un derecho asegurador de una preciosa democracia como la que tenemos. Entonces, no se trata solo de discutir cada delito, figura o inciso, sino cómo reforzar esta democracia que supimos no tener. Creo que en esa perspectiva se enmarcan las preguntas del señor diputado Abdala.

En cuanto al derecho comparado, tomaría dos ejemplos, aunque hay otros: Argentina por la gran identidad y proximidad que tenemos y España porque, aunque está más distante, ha tenido una marcada influencia que se nota en todos lados. Ambos derechos han consagrado el femicidio como delito autónomo y no como agravante. Como soy contrario al delito autónomo, la crítica es igual, no cambia la esencia.

Corresponde aclarar que a nivel académico hubo un rechazo rotundo a la construcción de este delito; y por las dudas advierto que la mayoría de la academia son personas del sexo femenino. Se da la paradoja de que los directores somos varones porque venimos generando méritos de antes y tratando de empardar la situación, pero todos saben que en derecho penal nuestros mejores profesores han sido, además de Irureta Goyena, Adela Reta y Ofelia Grezzi. Por eso, nos sentimos muy libres cuando hablamos de estos temas, porque no tenemos nada que emparejar, ya que siempre hemos tenido excelentes penalistas, independientemente de su sexo, orientación, etcétera.

El derecho comparado muestra que en Argentina y en España existe el tipo penal, que proporcionalmente a los hechos que se dan en la práctica se aplica muy poco y que en absoluto logra lo que se pretende, es decir, evitar que se mate a la mujer por su condición de tal. En ambos casos no solo no han disminuido, sino que han aumentado. No extrapolo la conclusión de que la figura vaya a crear homicidios, pero sí puedo decir claramente, tanto desde el punto de vista penal como criminológico, que la ley no va a operar como un mecanismo disuasorio para que se cometan menos homicidios de mujeres. No va a pasar así, porque al homicida no le interesa esa parte del Código, no le interesa; actúa con odio, arrebato o lo que fuera, y no va a tenerlo en cuenta.

Por lo tanto, la experiencia en derecho comparado es que han construido el delito, no lo han derogado -es relativamente reciente, son disposiciones de los últimos años- y si el fin propuesto era el abatimiento de esas conductas, no se ha logrado; en cambio, si era el *marketing* o el derecho penal simbólico -que nosotros detestamos porque es un derecho penal completamente fatuo, *pour la galerie*-, si se logra. Si se pretende una disposición de *marketing*, para quedar bien con la galería o la hinchada, el fin se logra, pero si lo que se pretende es un derecho penal en serio, no se consigue. Ahí es donde radica la gran diferencia.

Soslayé lo que tiene que ver con los numerales 7º y 8º, pero lo reafirmo. Lo que el doctor Abdala plantea como pregunta, en realidad, contiene la respuesta. No soy partidario del proyecto, pero en caso de que se aprobara, el numeral 8º sería el más adecuado para suprimir y, en todo caso, el 7º sería el menos perjudicial para mantener, hasta por un criterio de racionalidad, ecuanimidad, equidad, igualdad, etcétera. Además, el numeral 8º, de hecho, es redundante. Al doctor Abdala le pasa lo mismo que me pasaba a mí cuando veía esa gran identidad, inclusive, en los conceptos, pese a que algunos grupos sostengan -quizás tengan razón- que no superponen. Yo creo que los numerales 7º y 8º sí se superponen; en todo caso, si se quisiera cambiar esa situación, hasta se podría cambiar algo la redacción del numeral 7º para eliminar el 8º y que quede claro que lo que está en el 8º está en el 7º, pero nada más. ¡Y no me pidan que proponga la redacción porque no quiero que se apruebe! Disculpen este humor ácido, pero tiene lógica.

SEÑOR ABDALA (Pablo).- No sería una propuesta hecha con afecto.

SEÑOR ALLER (Germán).- Exactamente.

En cuanto a si tenemos contemplado lo de la discriminación, en el numeral 7º del artículo 2º, que modifica el artículo 312 del Código Penal, no solo se hace referencia al aspecto sexual y a la identidad de género, sino también a la raza, origen étnico, religión y discapacidad. Esto casi lo salteé porque nosotros tenemos leyes penales específicas referidas a expresiones de odio por este tipo de cuestiones, las que tuvieron un proceso evolutivo.

En ese sentido, debemos recordar que en la década del cuarenta del siglo pasado, cuando culminó la guerra o poco antes, Uruguay aprobó una ley -histórica, muy poco conocida y que nunca se había aplicado en nuestro país- relativa al odio por razones de raza y desprecio a las personas por su etnia, precisamente, tomando en cuenta lo acontecido en el oprobio del genocidio nazi. Esa ley fue impulsada por Herrera y aprobada por nuestro país para dar un mensaje, aunque también tenía un contenido jurídico penal. En realidad, recién se empezó a visualizar y a discutir qué pasaba con esa ley aprobada en la década del cuarenta cuando Nahum Bergstein sacó adelante lo que inicialmente fue un proyecto de Milton Cairoli sobre racismo, que es la ley que está vigente y que tuvo varias modificaciones.

Es decir que Uruguay, desde hace muchos años -desde la década del cuarenta del siglo pasado- tiene disposiciones penales que se fueron mejorando y ampliando, relativas a la discriminación por todo lo mencionado en este proyecto de ley: raza, origen étnico, religión, situaciones de vulnerabilidad de las personas, sexo e identidad sexual.

(Ocupa la presidencia el señor representante Ope Pasquet)

——Esas cuestiones tendrían que estar incorporadas en el proyecto del Código Penal para darle armonía a todo eso.

En síntesis, contestando la pregunta realizada por el diputado Abdala, debo decir que Uruguay ya tiene disposiciones de este tipo, y esta que se menciona aquí no es necesaria, porque hay una ley específica.

SEÑOR PRESIDENTE.- Quisiera saber si el doctor Aller conoce algún caso -ya sea proveniente de su experiencia profesional o de sus estudios- en que haya habido un homicidio contra una mujer por su sola condición de tal.

Sabemos que se han cometido homicidios contra personas -son hechos notorios y recientes- por el solo hecho de ser judías, como le ocurrió al señor David Fremd, en Paysandú; también en Estados Unidos ha habido asesinatos de negros por ser negros, pero quisiera saber si se ha producido algún homicidios de una mujer por el solo hecho de ser mujer. En realidad, no es común que alguien salga a la calle diciendo: “Hoy voy a matar a una mujer”, como quienes salen a decir: “Hoy voy a matar a un judío” o -como vimos hace unos días-, “Voy a matar a un musulmán”. No sé si eso ha pasado con relación a mujeres; siempre se mata a una mujer determinada y por razones específicas, pero no conozco casos en los que se haya matado a una mujer solo por ser mujer. Entonces, le pregunto al doctor Aller si conoce algún caso de ese tipo.

SEÑOR ALLER (Germán).- No; ninguno. Nunca supe de un caso, lo que no quiere decir no haya ocurrido. No tengo ninguna información al respecto. Lo que ocurre con frecuencia es que una persona mata a otra porque la odia, por múltiples razones, de índole sexual, económica, u otras, pero no que se haya matado a una mujer solo por serlo.

Lo que puedo decir es que recuerdo un caso real, que sucedió hace muchos años. En ese entonces recién me había recibido, y tuve un caso de una persona que había matado a su novia de una manera tremenda, de seis impactos de bala. Lo que sucedió fue que este hombre, que era agente policial y tenía dieciocho o diecinueve años, discutió en un bar con su novia -a la que se supone que quería mucho; aunque si la mató, tanto no la querría-, por lo que sus amigos -esto sucedió en un pueblo del interior- le hicieron un arresto administrativo para que se le pasara ese momento de enojo. Al parecer, en el momento de la discusión ambos intercambiaron cachetazos; no quedó claro quién pegó primero, pero sucedió en un lugar público, en un bar de campo, en una especie de pulpería. Por tanto, los amigos lo metieron en una celda, a la una o dos de la madrugada -no lo recuerdo exactamente porque sucedió hace muchos años- y lo dejaron libre a las seis de la mañana porque, como dije, era -entre comillas- un “arresto administrativo”. Luego de salir de allí, el individuo tomó su arma de reglamento y fue hasta la casa donde vivía la chica -ella estaba durmiendo; la finca era muy modesta- y vació el cargador de su arma en la espalda de la mujer. Pongo este ejemplo porque es un caso horroroso que, inclusive, como abogado uno se plantea mucho. De todos modos, también vi en él a una persona con un profundo arrepentimiento por el disparate que había llevado a cabo. ¿Por qué la mató? Porque habían discutido por supuestas infidelidades, pero esas son explicaciones nimias en relación al hecho criminal, que no vienen al caso. El hecho concreto es que no la mató por ser mujer, sin embargo, me parece claro que esa hipótesis entraría en el femicidio. ¿Qué condena tuvo ese sujeto? Si no me falla la memoria, fue condenado a veinticuatro años, pero apelé y pude obtener como atenuación que no fuera considerado un homicidio premeditado. Si bien el fiscal -que era Miguel Langón, un fiscal duro- sostuvo que había sido premeditado

por las horas en que el individuo había estado detenido, la defensa -que era yo, en aquel entonces un joven abogado- sostuvo que no había sido así porque nunca tuvo lo que requiere la premeditación: que más allá del tiempo se pondere la situación. Siempre había estado motivado, desde el punto de vista emocional, por un profundo rechazado y un odio totalmente exacerbado, por lo tanto, la premeditación no era imputable en esa hipótesis. El tribunal lo entendió así, ya que redujo la pena, si no recuerdo mal, a dieciocho años, que fueron los que cumplió en prisión, donde aprendió el oficio de panadero; después le perdí la pista, pero creo que se dedicó a eso al salir de prisión.

A mi modo de ver, no se trató de un caso de homicidio por la condición de mujer de la víctima pero, teniendo en cuenta la redacción de este proyecto de ley, creo que pasaría a la categoría de femicidio. En realidad, este individuo no odiaba a su novia por ser mujer; el odio, el arrebato -o como se le quiera llamar- que se dio en esa circunstancia fue coyuntural. ¿Eso justifica el crimen? Sin duda no, pero si me preguntan si la reclusión de dieciocho años fue la correcta debo decir que sí; y con esta normativa, probablemente, sería mucho mayor y se consideraría que el acto lo motivó el odio por la condición de mujer de la víctima.

Creo que la pegunta del diputado Pasquet plantea un gran problema: distinguir cuál va a ser el límite para establecer si un crimen contra una mujer se llevó a cabo por su condición de tal.

En síntesis, no he sabido, ni siquiera nivel mediático, que alguien haya salido a matar mujeres por el hecho de ser mujeres, o varones por ser varones. Sí he sabido que se ha salido a matar a personas por ser homosexuales, y parece que eso -todavía se discute porque no está claro- también sucedió en nuestro país; como no está claro, no lo puedo afirmar. De todos modos, que se haya matado a personas por su condición de mujer o de varón, no he sabido nunca.

(Ocupa la presidencia la señora representante Macarena Gelman)

SEÑOR ITURRALDE (Pablo).- Pido disculpas por mi llegada tarde; tenía particular interés en escuchar al doctor Aller pero estuve cuarenta y cinco minutos tratando de cruzar 18 de Julio, donde hay una manifestación que impide el pasaje. Esto no conlleva una valoración sino que constata un hecho.

La pregunta que quiero hacer es la siguiente. Si observamos el proyecto original enviado por el Poder Ejecutivo por el que se modificaría el artículo 312 -que tiene seis numerales-, podemos apreciar que el 7 expresa: “como acto de discriminación por la orientación sexual, identidad de género, raza u origen étnico, religión, discapacidad”, y hasta allí llega la redacción que termina aprobando la Comisión del Senado y el pleno, pero elimina: “u otra característica o condición de la víctima”. Esto me lleva a pensar que, por ejemplo, no sería agravante matar por razones políticas o de odio de otro tipo, como el caso de un escuadrón de la muerte que salga a matar chorros, aunque se trate de alguien que haya purgado la pena. Hay distintas causales que me parece que en el proyecto original del Poder Ejecutivo estaban incluidas -lo que comparto mucho más-, mientras que ahora no, al no hacerlo taxativo y dejarlo abierto a que existan otros casos Inclusive, el mismo numeral 8 quedaría subsumido en las potenciales posibilidades y no en la descripción de una cantidad de cosas. Por lo tanto, quiero preguntar qué opina el doctor Aller acerca de mi razonamiento y si lo considera correcto o no.

SEÑOR ALLER (Germán).- Comparto el razonamiento, sin perjuicio de que igual no apoyo el proyecto aprobado con modificaciones en la Cámara de Senadores ni el proveniente del Poder Ejecutivo. Entrando en el tema concreto, estrictamente relacionado con la consideración que efectúa el diputado Iturralde debo decir que al eliminar la expresión “u otra característica o condición de la víctima” se cierra tremendamente el espacio y desde ya que por supuesto que se tornaba totalmente innecesario el numeral 8 porque en esa hipótesis estaba contemplado.

Agrego que si hacemos memoria quizás algunos podamos recordar que en ocasión de la discusión parlamentaria relativa al odio por raza y demás se eliminó el odio político que figuraba en el proyecto inicial. Las razones son obvias: ¡imaginen lo que podría llegar a pasar en los períodos preelectorales si el tema del odio político se consagrara! De todos modos, a los técnicos nos llama un poco la atención que si se cuestiona todo lo demás no se cuestione el odio político. Aclaro que el odio no es delito; lo que es delito es la expresión del odio. El odio es un sentimiento pésimo, repudiable, que no debemos tener, pero no es un ilícito penal. La expresión del odio es lo ilícito; eso ha quedado muy claro. De lo contrario, se castigaría el pensamiento. La expresión del odio es lo que censuramos.

SEÑOR ITURRALDE (Pablo).- En el caso contrario habría un problema de prueba importante.

SEÑOR ALLER (Germán).- Por supuesto; el problema de prueba siempre es tremendo.

De todas maneras, jurídicamente hemos respetado el pensamiento. Odiar es malo, pero no todo lo malo es delito.

En concreto, el proyecto de ley que envió el Poder Ejecutivo era más abierto y tornaba totalmente redundante el numeral 8, por lo que no se necesitaba, pero lo que pasa es que en realidad el proyecto nace pensando en el femicidio y luego se le van agregando las demás cuestiones. Es una lógica deducción, pero por todo lo expuesto me parece que es innecesario construir la figura del femicidio para evitar seguir en una escala que va a continuar inequívocamente.

SEÑOR ITURRALDE (Pablo).- La impresión que tengo con este tema es que a través de la norma queremos cambiar una realidad que no se modifica. El caso que mencionaba apuntaba a razones como si alguien era bolche, facho, o lo que fuere, lo que también debería ser tomado en cuenta. Pero en este caso la impresión que tengo es que la propuesta del numeral 8 -que por supuesto es muy plausible y probablemente consideremos votarla ya que hay un sentimiento muy especial- es ineficaz, tribunera y, en definitiva, pretende a través de la letra del agravante modificar una realidad social que es mucho más profunda.

SEÑOR UMPIÉRREZ (Javier).- En mi caso, sabiendo que había paro y manifestaciones las preví, salí antes, y pude escuchar la intervención del doctor Aller.

Si bien entiendo que en algunos aspectos el doctor Aller no está del todo de acuerdo, sus aclaraciones resultan útiles y en lo que tiene que ver con la técnica legislativa los compañeros que nos asesoran han hecho algunas referencias.

La pregunta que se me genera con respecto al caso relativo al policía que tomó esa determinación en la pulpería es si realmente ahí, como había un noviazgo, no habrá estado el componente de "eras mía", o todo ese discurso que no es tal sino que implica una realidad, y si no podría haberse interpretado que fuera así y no meramente un homicidio. Lo digo porque, en definitiva, muchas veces vemos cómo se discute en el bar entre varones -quizás también entre mujeres- y se toma una determinación de ese tipo. Este caso puede darse la posibilidad de que encuadre en la figura de un femicidio. No soy abogado sino simplemente un ciudadano que cumple con esta tarea, pero reitero que se me genera la duda de si ese caso no encuadraría en la posibilidad de un femicidio, por todo lo que se plantea en el proyecto.

SEÑOR ALLER (Germán).- Efectivamente. Traje a colación ese caso porque es real; no se trata de un invento y como aconteció hace muchos años y las personas no resultan identificables es mejor para trabajar. A mí no me cabe duda de que de acuerdo con el proyecto de ley en ciernes ese caso se tipificaría muy factiblemente como femicidio. Traigo a colación lo que planteaba el doctor Pasquet porque, en realidad, ese individuo queda colocado en una situación de femicidio. Tal como se planteó, seguramente podrá existir aquello machista de "sos mía", o lo que fuese, aunque en realidad en la mente de él pasaron muchas cosas, ya que en todo ese tiempo de detención prácticamente no razonó porque quedó obnubilado. Pero aun en la tesis de que haya sido así y efectivamente se haya tratado de una cuestión machista, de posesión, etcétera, de todas maneras no mata por la condición de mujer y, sin embargo, el femicidio lo va a absorber; mata por la condición de posesión o de novia pero no de mujer. Podemos pensar en otra situación como la del matrimonio igualitario y estaríamos en lo mismo. ¿Qué pasaría en un matrimonio igualitario de dos varones en el que uno mata al otro en esta misma situación? Por último, en el caso que planteé el individuo fue condenado por un homicidio muy especialmente agravado. Es decir que termina aplicándose la misma normativa que se quiere utilizar con esto; lo único que con un mecanismo en el que no se distingue si se trata de un varón o mujer sino que es genérico. Yo creo que es más adecuado y, obviamente, desde el punto de vista punitivo con esta disposición no hubiese quedado con esos dieciocho o diecinueve años de pena -no recuerdo la cifra exacta- que cumplió entera. Seguramente, es una especulación mía, pero creo que si se establece esta agravante, la pena se incrementaría sensiblemente para este individuo. Muchos de los presentes podemos pensar que está bien, pero para otro que haga lo mismo y la víctima no sea una mujer, la pena sería la que mencioné. Esto implica hacer una gran diferencia entre las personas.

SEÑOR GONZÁLEZ (Pablo).- La idea no es entrar en la casuística.

Hay un libro de González Bermejo, que fue periodista de *Brecha*, que se llama *Nacidos para perder*, que contiene una recopilación de cuestiones que tienen que ver con menores infractores, mujeres y afrodescendientes víctimas de violencia, etcétera, y todos los procesos judiciales que se dieron en esos casos. Hay una muerte muy especial de una pareja del barrio Villa Española que se produce cuando el padre de dos niñas entra a la casa y mata al padrastro y a su expareja, porque se enteró de que el padrastro abusaba sexualmente de sus dos hijas. En ese caso, hay un vínculo anterior con el padrastro y hay un motivo que no tiene que ver con la relación con su expareja, pero sí mató a su exmujer.

Entonces, creo que entraría dentro de la tipificación de femicidio, si lo analizamos desde el punto de vista de la ley que tenemos. No obstante, creo que es un caso que excede el femicidio. Digo esto, porque el doctor Aller hizo un planteo y pienso que tenemos que hilar fino al hablar de femicidio, ya que hay muchos casos distintos y debemos focalizar qué es femicidio a la hora de legislar.

Tengo las mismas dudas que planteó el doctor Aller en muchos casos. Entiendo que el derecho penal no puede ser un elemento de publicidad del deber ser, sino que debe usarse para penalizar delitos y no lo podemos utilizar como un instrumento para dar mensajes, que es lo que estamos haciendo en este momento. Por eso, me parece que debemos trabajar un poco para definir qué es femicidio. A su vez, también entiendo que tenemos una realidad empírica que indica que todos los días hay homicidios de mujeres y debemos dar una respuesta. No obstante, en el momento de penar, debemos tomar esta casuística para delimitar qué es femicidio y qué no lo es.

SEÑOR ALLER (Germán).- No conozco los detalles del caso que comentó el diputado Pablo González, pero da la impresión de que sería atribuible a la hipótesis del femicidio en el caso de que este proyecto se transforme en ley. Además, se daría la paradoja de que habría una pena mucho más elevada respecto del homicidio de la mujer, y en cuanto a la pareja varón, que abusaba sexualmente de los chicos, la pena sería menor.

En el caso de las muertes de mujeres, que es algo llamativo y espantoso -los datos indican que han aumentado y la sociedad lo ve y tiene que ponderarlo-, debemos decir las cosas claramente. No solo han aumentado los homicidios de las mujeres, sino que han aumentado tremendamente los de los varones. Creo que los homicidios son democráticos; matan a diestra y siniestra, prácticamente, por nada y sin importar la condición. Entonces, nos preocupan los homicidios de las mujeres y también los del almacenero o el que ocurre en el supermercado, sea varón o mujer, ya que se mata después de haber obtenido el dinero del robo, porque la persona miró mal al delincuente o la cantidad de dinero no era suficiente.

En estos casos, no se mira sexo ni absolutamente nada. Asimismo, hay que tener en cuenta la cantidad de muertes en prisión que son récord en nuestro país. La cantidad es discutible, porque no sabemos exactamente cuántas muertes son fruto de hechos delictivos y cuántas son naturales. Es evidente que mucha gente tiene que morir en las prisiones uruguayas en el estado en que están, con los problemas sanitarios, de contagio de enfermedades, etcétera.

En Uruguay, tenemos un problema tremendo con los homicidios, ya que han aumentado en una cantidad muy significativa, más allá de que en algún año pueda bajar un poco. Si comparamos con lo que sucedía en otras décadas -en democracia, no en dictadura- cuando históricamente nos podíamos jactar frente a los países de la región de que en el país la cantidad de homicidios por año era entre cuarenta y sesenta aproximadamente, parece claro que la realidad no guarda relación con el incremento de población. El homicidio en Uruguay es una conducta que se lleva a cabo muchas veces. En ese sentido, hicimos una investigación para la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología en relación con todos los países de Latinoamérica y también a Brasil.

Si bien Uruguay no es uno de los países que está peor en cuanto a los homicidios, aclaro que es una de las naciones que proporcionalmente tiene más homicidios en nuestra región. Este hecho evidentemente no condice con nuestra cultura e idiosincrasia. O sea que en pocos años hay algo que se ha disparado y no tenemos claro qué puede ser, aunque en principio, todo indica que guarda una estrecha relación con la crisis de valores, problemas culturales y un menosprecio total por la vida, independientemente de quién sea la víctima. Con esas reglas espantosas de juego, el incremento de los homicidios de las mujeres también se ha disparado.

SEÑORA BOTTINO (Cecilia).- Frente a la postura tan clara del doctor Aller en contra de la tipificación, es difícil hacer un intercambio, inclusive, teniendo presente que hemos sido asesorados con respecto a la redacción, a los efectos de mejorarla, por ejemplo, con algunas apreciaciones con respecto a la condición de mujer. No se mata por la condición de mujer, sino que se mata a la mujer como resultado de conductas machistas, sojuzgamiento y violencia de género. En ese sentido, tenemos una propuesta, pero es difícil hacer llegar las consideraciones a partir de la postura clara que tiene el doctor Aller en contra de la tipificación de la manera que sea.

Por eso nos vamos a abstener de realizar un intercambio, sin perjuicio de dejar sentadas estas consideraciones.

En realidad, la cátedra también está dividida. En el Parlamento en los años 2015 y 2016 hubo jornadas a las que asistieron especialistas a nivel internacional y uno de los puntos específicos que se discutió fue el derecho penal en materia de género. Vinieron especialistas que nos dieron las dos miradas con respecto a lo que sucede en el derecho comparado. A su vez, leyendo las versiones taquigráficas del Senado, apreciamos que concurrió el doctor Gilberto Rodríguez Olivar en nombre del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, aunque dejó claro que hacía consideraciones particulares. Hizo referencia a que no pudo concurrir el doctor González Fernández; hizo referencia a tres proyectos que estaban en la Comisión. También concurrieron representantes del grupo de Derecho y Género de la Udelar, que hicieron consideraciones sobre este proyecto. Son todas cuestiones que vamos a tener que considerar para ver si avanzamos con lo que se acordó. Como bien decía el doctor Aller, este proyecto se votó por unanimidad en el Senado y nosotros, siendo segunda Cámara, tenemos la responsabilidad de hacer algunas modificaciones o darle la sanción definitiva tal como vino.

(Interrupción del señor representante Ope Pasquet)

——Me acota el señor diputado Pasquet que podríamos no avanzar o hacerlo en el marco de la reforma del Código Penal que también nos propusimos y que tenemos en consideración en esta Comisión.

Quería dejar esas consideraciones frente a la contundente postura del doctor Aller.

SEÑOR ALLER (Germán).- Agradezco las consideraciones que ha hecho la diputada y, simplemente, quiero hacer alguna precisión.

En primer lugar, el hecho de que uno no esté de acuerdo de ninguna manera significa que no esté abierto. Por definición, los técnicos siempre estamos abiertos. De hecho, estoy comentando algo que no estoy de acuerdo. De lo contrario, hubiera mandado una nota diciendo que nadie en el Instituto estaba de acuerdo y no venía y nos ahorrábamos el tiempo. Así que, francamente, estamos abiertos.

En segundo término, con respecto a lo que en su momento Gilberto Rodríguez Olivar planteó -lo tengo bien presente, porque nos lo hizo llegar-, cuando era secretario del Instituto de Derecho Penal que dirijo, fue a nombre propio y no del Instituto y así lo esclareció. Para esta circunstancia, planteé a todo el Instituto si alguien lo apoyaba, incluyéndolo a él. Él tampoco se pronunció a favor. Yo no sé si cambió de opinión o prefiere omitirla; eso habrá que preguntárselo a él. Además, somos amigos personales, pero quiero esclarecer que me tomé el cuidado de consultar -hoy día, con los mail, es muy fácil- a todo el mundo, con varios días de antelación, y las opiniones que recibí fueron todas negativas o de silencio, pero ninguna afirmativa.

La Cátedra de Derecho Penal -la llamamos así porque se entiende así, pero en realidad, es un Instituto- el año pasado, cuando se informó sobre la ley integral -el informe lo redactó la doctora Cecila Salom-, envió a la Comisión el informe y fue consensuado por el cien por ciento de los integrantes del Instituto -nadie lo objetó- rechazando la parte penal. Hay otros ámbitos de la Universidad de la República que tienen posición totalmente distinta y bienvenida sea. En el Instituto de Derecho Penal, hoy -esto son afirmaciones provisorias; pueden cambiar en cualquier momento-, nadie se ha expresado en forma favorable. Estamos hablando del agravante del proyecto; del integral nos pronunciamos antes. Si nos tenemos que pronunciar de nuevo, volveré como director a hacer la consulta, porque la gente puede cambiar de opinión.

SEÑORA PRESIDENTA.- Agradecemos mucho vuestra presencia y la permanente disposición. Seguramente, lo estaremos consultando en otras oportunidades.

(Se retira de Sala el doctor Germán Aller)

(Ingresa a Sala el doctor Mario Spangenberg del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay)

——La Comisión de Constitución, Código, Legislación General y Administración tiene el gusto de recibir al doctor Mario Spangenberg, integrante del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, a los efectos de asesorarnos respecto a los proyectos sobre actos de discriminación y femicidio y sobre homicidios cometidos contra niños o niñas menores de trece años.

SEÑOR SPANGENBERG (Mario).- Agradezco personalmente y en nombre de la Universidad Católica la invitación que tuvieran la deferencia de formularnos.

Sobre el tema del delito de femicidio o feminicidio, podemos disentir en cuál es el vocablo más atinado; yo sigo siendo de los que cree en la Real Academia Española y obviamente el término femicidio no existe- podemos plantear dos tipos de cuestiones. La primera de ellas atañe a la legitimidad constitucional de legislar en este aspecto e incorporar, ya sea como tipo penal específico o como un agravante especial o muy especial, como es el caso una figura relativa a una muerte en ocasión de la violencia de género, que sería el margen más amplio, y una segunda cuestión que científicamente es distinta a la anterior, refiere a los aspectos a tomar en cuenta en la construcción del tipo penal específico.

Con relación a la primera, que atañe a la propia vocación de legitimidad constitucional o no de una incursión del Derecho Penal en estas cuestiones, quiero ser muy franco. Estoy casi en absoluta minoría en la Cátedra en este momento. Los penalistas o los profesores de Derecho Penal estamos acostumbrados a renegar de las incursiones normativas en materia de derecho penal. Yo creo que una visión de un derecho penal democrático y moderno va por otra vía, que es aquella que se restringe a sí misma únicamente. ¿Con esto qué quiero decir? Que un derecho penal democrático y propio de una democracia constitucional moderna, básicamente, ha dejado de ser aquel derecho penal de la Carta Magna del delincuente de Von Liszt, que también debe proteger al delincuente, pero es, al mismo tiempo, Carta Magna de la sociedad que está llamada a regular la convivencia y Carta Magna de la víctima.

En la actualidad, el derecho tiene que responder y poder mirar a los ojos a los siguientes tres sectores: al delincuente, sin afectarle las garantías, a la víctima, dándole respuestas, y a la sociedad, en la medida en que intente asegurar condiciones de convivencia. Esto no disiente mucho del derecho penal clásico, pero el de los clásicos verdaderos, no el de los clásicos de la ilustración. Esto es lo que pensaban sobre el derecho Aristóteles y toda la tradición romana posterior.

Insisto en que el derecho penal propio de una democracia constitucional moderna debe ser capaz de estar a la altura de los desafíos sociales a los que se enfrenta, y no por eso, por su utilización es, *per se,* una herramienta ilegítima. La cuestión en la actualidad desde el punto de vista de la ciencia penal o del derecho penal constitucional es saber si es capaz de sortear los cuatro escrutinios que toda normativa en materia penal debe poder cumplir. La primera de las preguntas que debiéramos hacernos es si estamos ante un bien jurídico constitucional en lo que estamos llamados a regular. ¿Es un derecho constitucionalmente previsto? Creo que la respuesta no puede ser más afirmativa.

En los hechos, esta protección de la vida de la mujer, que se pretende incorporar a partir de la inclusión en el artículo 312, tiene su propia especificidad. Esto me parece bien relevante tomarlo en consideración, es decir, aquí no se pretende tutelar, inclusive, por la propia definición y las hipótesis de presunciones relativas, la muerte de la mujer en sí misma o el hecho de que la víctima sea una mujer. Aquí lo que pareciera que se está regulando en el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Senadores es el atentado a la vida de una mujer producto de una desigualdad social estructural, es decir, en tanto del resultado de una violencia de género y no por la mera condición de ser mujer. De modo que allí tenemos una especificidad propia que, evidentemente, tiene raigambre constitucional.

Es más: en realidad, a diferencia de lo que ocurre en el femicidio, nuestro derecho penal tiene diversos ejemplos de delitos que no protegen ningún bien jurídico constitucionalmente legítimo. Me atrevo a decir, por ejemplo, con respecto a la intermediación lucrativa en la afiliación a las instituciones del sistema mutual, que sigo sin entender cuál es el bien jurídico titulado, de la misma manera que en el caso de la reventa de entradas a espectáculos públicos. Sigo sin entender cuál es el bien jurídico constitucional penal.

Hemos tenido una cantidad de ejemplos en ese sentido. No creo que, en este caso, insisto, la figura o el agravante del femicidio plantee objeciones o deba merecer reparos desde ese punto de vista. Tampoco, tengo presente que se hayan hecho grandes reparos por parte de la academia hacia esas figuras penales.

Paralelamente, tampoco se trata de un bien constitucional, sino de una obligación jurídica que asumió nuestro país al respecto, fundamentalmente, a partir del artículo 7° de la Convención de Belém do Pará, que sí podría estar violando las normas en nuestro país sobre todo lo que refiere a nuestros compromisos fundamentales que en materia del derecho fundamental forman parte del abanico normativo constitucional por una inacción de más de veinte años. Creo que la Convención de Belém do Pará fue ratificada en el año 1996, con lo cual, desde hace más de veinte años estamos obligados convencionalmente a adoptar algún tipo de medida en relación a estos aspectos.

La segunda pregunta que es menester plantearse en una democracia constitucional para incursionar en materia penal es si se respeta el principio de proporcionalidad, es decir, si el bien constitucional que se pretende proteger y la respuesta que se ha de dotar a las violaciones respecto de ese bien son de algún modo razonables si son proporcionales. Creo que con los problemas de dosimetría penal que tenemos en nuestro país, fundamentalmente, en lo que hace a los delitos de rapiña o de copamiento en sus mínimos, no estamos ante una falta de proporcionalidad en relación a un homicidio basado en violencia de género que, inclusive, se incorpora dentro las hipótesis de los homicidios muy especialmente agravados ya existentes. Me atrevería a decir que la falta de proporción en el diseño de la política criminal de nuestro país no estaría dada por esta figura; hay figuras que, inclusive, son de más aplicación que esta y que, en definitiva, carecen de dosimetría.

Insisto en que aplicar estas penas que, seguramente, sean de las más benignas que podamos encontrar en el derecho penal comparado, es muy inusual para un homicidio circunstanciado en el resto del mundo. Creo que allí no vamos a tener una afectación al principio de proporcionalidad penal.

A su vez, es menester consultar o preguntarse si mediante esta incorporación se viola el principio de igualdad previsto en el artículo 8° de la Constitución de la República como principio general del derecho. Al menos desde Aristóteles, el principio de igualdad no significa tratar a todos del mismo modo, sino atender a aquellas personas que están en una situación desigual frente al resto y tratarlas de un modo desigual para pretender equipararlas o brindarles un tratamiento más justo.

En este caso, a su vez, hay que tener presente una distinción que ya tiene muchísimos años en el derecho, que es la distinción entre la igualdad formal y la igualdad material; no solo importa decir que todos los habitantes son iguales, sino que para procurar esa igualdad material efectiva, es preciso adoptar determinadas medidas que intenten ayudar a quienes se encuentren en una situación de menos privilegio o en una situación con mayores problemas.

Claro está que violatorio del principio de igualdad podría ser una norma que reprochara con una pena mayor al homicidio cometido sobre hombres que sobre mujeres. En ese caso, al no haber una desigualdad de base, podríamos enfrentar un problema de violación al principio de igualdad, pero no creo que sea al revés en la situación estructural social actual de nuestro país, que es insoslayable. Desigual o violatorio del principio de legalidad era el delito de infanticidio *honoris causa* -que por suerte, está derogado- donde si el niño tenía menos de determinada edad y se lo mataba por razones de honor de la familia, del padre, etcétera, la pena era menor al resto de los homicidios contra las personas. Ahí sí tenemos claramente una violación al principio de igualdad.

Finalmente, tenemos que preguntarnos si mediante la norma proyectada se cumple con las exigencias del principio de legalidad penal. Es decir, si podemos determinar la conducta de modo suficientemente cierta y precisa como para que se sepa efectivamente qué es lo prohibido, qué es lo permitido y hasta dónde rige la agravante general.

Insisto en que desde el punto de vista de un derecho penal democrático y constitucional, si se cumplen con estas cuatro exigencias no habría ningún reparo que formular desde el punto de vista de la ciencia. Otra cosa bien distinta es si como política criminal esto va a ser efectivo, menos efectivo, o es el paso que hay que dar, el que no hay que dar, etcétera; creo que sobre eso no le corresponde a la ciencia jurídica opinar. En una tarea soberana en tanto representantes del pueblo. Allí preferiría no meterme porque yo ni nadie de la academia jurídica tenemos elementos que permitan realizar algún tipo de aporte significativo. Sí es claro que el derecho penal persigue varias cosas a un mismo tiempo. Es más, si el derecho penal solo persiguiera que las

conductas se terminan realizando de otra manera a través de la amenaza, del garrote penal, tendríamos que eliminar el delito de rapiña o de hurto porque se violan todos los días, y las personas que los cometen no se estimulan lo suficiente con el derecho penal.

Entonces, pretender aplicar a un proyecto de este tipo determinadas cosas o una rendición de cuentas que no le exigimos a ninguno de los otros delitos del Código, me parece un tanto excesivo.

Aquí yace el corazón del asunto. Desde el punto de vista de la legitimidad constitucional, nos preguntamos si esta figura está a la altura de las circunstancias y de los problemas de la sociedad, y si es necesario formularla, cumpliendo con esos cuatro requisitos. Reitero que no corresponde que la academia trate el diseño de la política criminal y si se da el paso o no.

Un segundo aspecto, distinto del anterior pero vinculado al principio de legalidad, refiere a los problemas que pueden plantearse en el diseño de la construcción del propio tipo penal, es decir, en el diseño de la construcción de la figura delictiva o del agravante muy especial, específico. Ahí tenemos un problema que existe en todas las legislaciones que se han ocupado de este tema; me refiero a la tensión, a la dificultad de conciliar dos dimensiones que son difícilmente conciliables.

Por un lado tenemos una dimensión global, supraindividual, que atañe al fenómeno de la desigualdad social estructural entre los hombres y mujeres. Ese es el punto de partida. Y por otra parte, tenemos el lenguaje del derecho penal y el lenguaje jurídico del derecho penal, que hace a una visión o dimensión individual y de acto concreto. El derecho penal no puede sustraerse de que se expresa a través de la represión de actos concretos de individuos sin vínculos e imposibles de traducir a una dimensión global, como es la de la violencia de género.

Esta tensión trae consecuencias. La primera de ellas será la determinación de la conducta típica. ¿Cómo hacemos para definir al femicidio como tal de modo de intentar conciliar las dimensiones social e individual? La segunda consecuencia son las dificultades probatorias. Si lo que se quiere hacer es atrapar estas conductas vinculadas a la violencia de género -no porque la mujer sea la víctima- hay que tener presente que el homicidio obedece a una práctica de violencia de género. Aquí vamos a tener dificultades probatorias para ese acto concreto, vinculado a pruebas de violencia de género.

La tercera consecuencia, no por ello menor, es que vamos a tener el problema de la inevitable atomización de la respuesta penal. Más allá de las estadísticas que podamos lograr -el Derecho Penal solo se ocupa de actos concretos y de casos individuales-, la respuesta que vamos a recoger del Derecho Penal siempre va a ser atomizada, siempre va a estar basada en lo que hizo Fulanito, lo que hizo Zutanito y tal otro. Va ser difícil ordenarla en un sentido que obedezca a la dimensión global de la violencia de género.

Sin embargo, de algún modo esos riesgos son posibles de minimizar o, por lo menos, intentar mantenerlos contenidos a una expresión mínima.

La primera de esas preocupaciones -que se cumple- es intentar distinguir entre violencia de género y violencia doméstica. Creo que en el texto aprobado se distingue claramente que se está hablando de un homicidio cometido en una situación de violencia de género, y no se solapa bajo el manto de dudas que pueda abrigarse de la violencia doméstica.

La segunda se construye a partir de una referencia subjetiva, luego vinculándola con hipótesis de presunciones relativas. Si tenemos una referencia subjetiva es para delimitar el marco del tipo penal en concreto. Y a su vez, las presunciones relativas -más allá de lo que después específicamente podamos ver en cada una de ellas-, también sirven para realizar esa determinación.

Sí me llama la atención que se elimine una referencia que a nivel dogmático es muy interesante -no sé en qué momento ocurrió eso o si se hizo en el proyecto original- ; inclusive, se incorpora la palabra “desprecio”, que comparto, que es sinónimo de menosprecio y no aporta en absoluto. Se elimina una referencia que está en la base de los trabajos sobre femicidio o feminicidio y en la propia definición de Diana Russell, que es el sentimiento de posesión o propiedad de la mujer. Es absolutamente expresiva como referencia subjetiva y es muy indicativa del tema que se está abordando que, obviamente, debe ser deliberado.

Creo que se esclarecería más si tomamos en cuenta la segunda de las presunciones relativas que habla de eso; es decir, cuando la presunción refiere a la negativa a reanudar una relación anterior.

En cuanto al artículo 312, sería conveniente incluir esta expresión u otra, ya que es muy significativa y da mejor la tónica. Considero que "desprecio" o "menosprecio" son sinónimos, por lo que puede utilizarse una u otra palabra indistintamente; no agrega nada. Me parece que todo lo que se agrega puede complicar la cosa.

Cuando se van a presentar las presunciones, quizás lo conveniente sería la fórmula que usualmente utiliza el legislador en el código para simplificar, y no repetir "Sin perjuicio de otras manifestaciones y salvo prueba en contrario se considera que existieron motivos de odio, desprecio, menosprecio por su condición de tal", que es lo que se dice expresamente en el inciso anterior. Insisto en que esa es la fórmula que utiliza el legislador. Se considera que concurren dichas circunstancias; podría ser un exceso de repetición.

Con relación a las presunciones, en el literal a) del artículo 2º -creo que es más adecuada la versión que se aprobó en el Senado, ya que algunas de ellas parecían hipótesis de presunciones absolutas; estas son presunciones relativas, que queda establecido a texto expreso que admiten prueba en contrario-, creo que no es conveniente establecer el término "incidente". De acuerdo con Real Academia Española, incidente tiene relación con una riña o pelea entre dos o más personas. Claramente son dos bandos que tienen intención de participar de ese incidente. De lo contrario, le da la noción de accesoriedad o *satelitalidad*; cuando se trata de violencia física o contra la libertad sexual parecería que no es un incidente. Me refiero a la parte que dice: "A la muerte le hubiera precedido algún incidente de violencia física, psicológica, sexual, económica". Quizás lo mejor sería sustituir ese término por "acto".

La segunda hipótesis tiene relación con el sentimiento de propiedad o posesión. Creo que es indicativa de ello. El literal B) dice: "La víctima se hubiera negado a establecer o reanudar con el autor una relación de pareja, enamoramiento, afectividad o intimidad". La referencia subjetiva es más abarcativa que esta mera hipótesis, y puede dar lugar a otras: "No quiero que llames a Fulanito, no quiero que hagas tal cosa, no quiero que te veas con Tal, no quiero que vayas a tal lado". Eso termina provocando el homicidio. Me parece que allí no hay odio, desprecio ni menosprecio. Más allá de que no hay empatía, está claramente marcado un sentimiento de propiedad o posesión respecto del otro, basado en la violencia de género. Parecería que esa referencia subjetiva no está en el proyecto, cuando es absolutamente habitual en la dogmática de la cuestión.

Otra duda que se me plantea es si la tercera hipótesis no queda comprendida en la primera. El literal C) del artículo 2º establece: "Previo a la muerte de la mujer el autor hubiera cometido contra ella cualquier conducta que atente contra su libertad sexual".

La primera hipótesis dispone: "A la muerte le hubiera precedido algún incidente de violencia física, psicológica, sexual, económica o de otro tipo, cometido por el autor contra la mujer" Me parece que son dos formas de decir lo mismo y que esta tercera hipótesis no agrega nada. Sería conveniente revisar esto.

Ingresaré al análisis de la reforma del artículo 311 del Código Penal y luego al proyectado nuevo inciso del artículo 312.

Leí las dudas u objeciones que plantea el señor diputado Pasquet, que tienen mucho asidero, sobre todo en cómo hacer para compatibilizar el espíritu que animaba la agravatoria originalmente, que era la violación de un doble deber: el deber genérico de no atentar contra la vida del resto y, en el caso concreto, el deber específico de traicionar a la propia sangre. Eso se llamaba parenticidio. Luego, con el correr del tiempo, se fue ampliando. A través de la Ley Nº 16.707 se hicieron algunas modificaciones al numeral 1º del artículo 311; se incorporó a los concubinos. Ahora, al ponerse las situaciones de relaciones terminadas o vínculos que ya no existen, se plantea el debate en torno a cómo hacemos para que ese homicidio tenga alguna relación con el vínculo. Luego de la ampliación que se hizo de la relación de afectividad o intimidad, puede darse el caso de personas que fueron novios hace veinticinco o treinta años y, sin embargo -parecería que aquí estamos ante una presunción absoluta-, si se lograra comprobar que efectivamente tuvieron una relación de intimidad o afectividad, quedarían comprendidas dentro de la agravante. Aquí entramos en el límite.

Si se quisiera limitar esta agravante, cuya decisión les corresponde a ustedes, no al dicente, se podría utilizar alguna fórmula. Yo anoté una, pero quizás no sea la más adecuada. Dice así: "En los casos en que el vínculo legal o afectivo hubiera cesado, esta agravante solo será de aplicación cuando el hecho tenga relación con él". Es decir, que el homicidio tenga alguna vinculación con esa relación que se mantuvo. Esto solo se aplica a los

casos en los que la relación haya cesado. De lo contrario, estaríamos en la situación anterior -la del padre, la del hijo-, que permanece incambiada en el tiempo.

Es posible poner una cortapisa o limitación a esta situación. La que me resulta más conveniente es la que vincula la relación con el homicidio.

Otro aspecto que no quisiera pasar por alto es que en el numeral 1º del artículo 311 hay dobles categorías. En unas categorías se distingue entre concubino y concubina, pero no entre hermano y hermana o entre padre o madre. Más allá de que yo prefiero utilizar el masculino genérico -hermanos comprende a ambos; padres comprende a ambos, etcétera-, sería conveniente armonizar esto, tomar la decisión para un lado o para el otro.

También me plantea algunas dudas la relación de afectividad e intimidad, que parecen ser dos hipótesis separadas: que haya habido una relación de afectividad o una relación de intimidad. La afectividad parece ser demasiado amplia para una agravante especial del homicidio. La doctrina siempre intentó discutir este aspecto de padres e hijos, y si estaba probado en sede del Registro Civil. Esto no solo fue discutido en la doctrina uruguaya, si no en general.

Entiendo cuál pudo haber sido la intención con que se incorporaron estas expresiones, pero me parece que verdaderamente atentan contra la determinación de la hipótesis, y más si se toman en cuenta las consecuencias punitivas de que alguien quede incluido o excluido dentro de esta hipótesis. El vecino muy cercano ¿es una relación de afectividad? ¿El padrino, el mejor amigo de los padres, el compañero de clase, el compañero de fútbol? Habrá personas racionales y honestas que pretendan encontrar una solución, y por eso creo que van a tener un disenso en ello, y eso es lo que no debería ocurrir o sería conveniente considerar.

El numeral 5º que el Senado incorporó al artículo 311 también plantea problemas. Como se sabe, este numeral viene del proyecto original, que formaba parte de las hipótesis que hacían presumir que estábamos ante un femicidio, pero esos menores estaban vinculados a que fueran hijos de la víctima o del autor; para incorporarlo al artículo 311 se le quitó el vínculo del menor con la víctima o con el autor, y la norma quedó con gusto a poco. Inclusive, la expresión “en presencia” podría tener consecuencias jurídicas no deseadas, porque nos podríamos preguntar si el menor coparticipa del delito, ¿está presente o no? Sí lo está, es muy claro, pero no debemos olvidar la agravante genérica de la coparticipación de menores prevista en el artículo 59. Entonces, ¿hacemos primar esto o aquello? Si se entiende que “presencia” corresponde a quien no coparticipa, habría una pena mucho mayor para quien comete un homicidio en presencia de un menor, que la pena para alguien que comete un homicidio con la asistencia de un menor, lo cual supongo no debe ser la intención. Siempre de algún modo la utilización de menores en la comisión de delitos debe tener un reproche penal más intenso que la mera presencia de menores.

Entonces, en este caso debería comprenderse a los menores y “presencia” tendría que implicar participación, porque podría generarse un problema de interpretación con el artículo 59 del Código Penal en sede con la coparticipación de menores, porque la agravante prevé incrementar la pena de un tercio a la mitad, por lo cual si el homicidio fuera simple y se le incrementa la pena de un tercio a la mitad, quizás no se llegue a los márgenes establecidos en este numeral 5º.

Además, se habla de que la presencia de menores de edad sería un agravante -que sería de dieciocho años para abajo-, pero no se aclara una edad específica. Es decir, si lo que se quiere es proteger que los menores de edad no estén sometidos o castigar más severamente cuando hay un menor de edad que ve o participa de algún modo como espectador de un delito violento, otro tanto podríamos decir de las violaciones, por ejemplo, la violación de la madre en presencia del hijo, o de propinar puñaladas. Acá no veo una especificidad en el caso de homicidio.

Por último, tenemos proyectado numeral 9º del artículo 312. Leí la exposición de motivos, y creo que se podrían plantear problemas de interpretación, porque la redacción no deja claro si es sin perjuicio de las hipótesis de legítima defensa; parece que sería en el caso de una participación del menor, de una provocación menor a la agresión ilegítima de la legítima defensa, porque dice “sobre la persona un niño, niña o menor de trece años en cuanto este no hubiera desarrollado o participado previamente en un acto de provocación contra el autor del hecho”.

No creo que sea correcto desde el punto de vista jurídico expresar un acto de provocación que no alcanza a impedir que haya legítima defensa; si hay legítima defensa no es necesario aclararlo porque se aplica el artículo respectivo. Esta provocación puede lugar a que se interprete.

El Derecho Penal es de por sí selectivo y esta interpretación de si el menor participó o provocó que lo mataran -estamos hablando de un homicidio de un menor de trece años, que para nuestro régimen normativo es un niño- sin que sea en legítima defensa, es una categoría que podría dar a la selectividad del sistema, que de por sí es medio inevitable.

La otra consideración que me merece este proyecto está vinculada con las edades. Sé que es la edad de responsabilidad prevista en el Código de la Niñez y la Adolescencia, pero le pido a la comisión que me deje hacer catarsis. Existe un berenjenal de edades en materia de Derecho Penal: tenemos los diez años del niño abandonado, incapaz de bastarse a sí mismo absolutamente, y quien lo abandone comete un delito en sí mismo; tenemos los doce años de la libertad sexual; tendríamos los trece años previsto en este proyecto; tenemos los quince años de otros delitos; tenemos los dieciocho años de la pornografía infantil, etcétera. Y estoy hablando solo de las normas penales, porque tenemos otras áreas del derecho en las que existen otras consideraciones porque se manejan con sus propias reglas.

Creo que sería conveniente revisar toda esto de las edades para armonizar un poco.

SEÑOR PASQUET (Ope).- Agradezco la exposición del doctor Spangenberg porque contribuye a ilustrarnos en este tema, que es tan delicado e importante. Uno piensa que hay leyes que se pueden modificar al día siguiente de haber sido sancionadas, pero en Derecho Penal debemos tener mucho cuidado porque el último Código Penal data de 1934, y modificarlo impone especiales cautelas.

No voy a controvertir algunos aspectos de la exposición del doctor Spangenberg, que no tengo el honor de compartir, por ejemplo, que se pueda legislar de distinta manera en materia de homicidio, en función de desigualdades sociales estructurales, porque si fuéramos por ese camino tendríamos que considerar de diferente manera el homicidio de las personas cuyos ingresos los ubican en el primer quintil que los de aquellos que se ubican en el último quintil. Si bien allí hay una desigualdad social estructural, la vida es la misma y vale igual, porque todos son iguales en función de la dignidad y el valor de la vida humana. Esa es una perspectiva.

Además, pienso que nosotros no incumplimos con la Convención contra la discriminación de la mujer si no tenemos normas penales que, a su vez, discriminen en su favor. Basta con proteger la vida de la mujer; que esa protección, además, se extienda a quienes no son mujeres, en nada menoscaba la protección de vida y si, ciertamente, a la mujer. Por lo tanto, si yo protejo a hombres y mujeres, no estoy desprotegiendo a la mujer, sino que le estoy dando igual protección a ambos sexos. Me parece que de esa manera estamos cumpliendo bien con todas las normas con las que tenemos que cumplir.

En ese sentido, le voy a realizar al doctor Spangenberg la misma pregunta que le hice al doctor Germán Aller. ¿Conoce algún caso que obre en nuestra jurisprudencia, en nuestros anales, que se pueda consultar, acerca de alguien que haya matado a una mujer por su sola condición de mujer? Sí conocemos casos de alguien que salió a matar a un judío, se cruzó con el señor David Fremd, y lo mató; también sabemos que alguien del *Ku Klux Klan,* en Estados Unidos, salió a matar a un negro y lo mató, y que en Londres, los otros días, una persona salió a matar musulmanes, y mató al primero que se le cruzó.

Francamente, en mi limitada experiencia en materia penal -la tengo, pero muy acotada- no conozco casos de homicidios de mujeres por el solo hecho de serlo; conozco casos en los que un hombre mató a su mujer porque le era infiel, o a su novia porque lo abandonó, pero esos no son casos de desprecio por el sexo, sino que ocurrieron por otros motivos. Sin embargo, puede haber alguien que conozca esos casos, que serían a los que refiere el numeral 8º del artículo 312, que dice: "contra una mujer por motivos de odio, desprecio, menosprecio, por su condición de tal". No imagino cómo esto se puede plasmar en la realidad; y para encontrarle asidero en la realidad, luego se establecen presunciones que no tienen que ver con el desprecio u odio a la mujer por su condición de tal, sino que se refieren a otra cosa. Me parece que hay una incongruencia manifiesta entre el indicio y lo que se presume a partir de él. El indicio es que alguien se pelea con la novia o intenta forzar sexualmente a una mujer, y a partir de eso se presume que la desprecia por su sola condición de mujer. Me parece que hay un salgo lógico evidente.

Por tanto, quisiera saber, concretamente, si la realidad muestra casos de homicidios cometidos contra una mujer por su sola condición de tal.

SEÑOR ABDALA (Pablo).- Voy a realizar una consulta concreta.

Mi disposición es favorable a votar en general este proyecto de ley y a avanzar en las prevenciones y los riesgos que conlleva una modificación legal de estas características, introduciendo ajustes e innovando con respecto a los artículos del Código Penal. Sin perjuicio de ello, me preocupa mucho hacerlo con la mayor precisión posible a fin de llegar al mejor resultado legislativo y a la mejor redacción.

En realidad, he llegado a la conclusión primaria de que en la interpretación armónica de todos estos cambios que se sugieren, en la modificación a los artículos 311 y 312 hay una suerte de repetición; estaríamos, eventualmente, redefiniendo determinadas conductas como delito, como circunstancias agravantes, con el riesgo que eso conlleva, sobre todo desde el punto de vista de la materia penal, ya que en el principio de tipicidad -algo se desprendía a ese respecto de lo que decía el doctor Spangenberg- es preciso no derrochar palabras y ser muy precisos a la hora de las definiciones.

Particularmente, me preocupa que el numeral 8º del artículo 312 -que es el que se supone que consagra específicamente el femicidio, o introduce el término- pudiera estar contemplado en las modificaciones o en las innovaciones anteriores, tanto la del numeral 1º del artículo 311, como en la del numeral 7º del artículo 312. ¿Por qué razón? Porque el numeral 8º establece como femicidio un acto llevado a cabo por motivos de odio, desprecio, menosprecio -lo que es reiterativo-, es decir, que se atente contra la mujer por su condición de tal. En principio, entiendo que eso parece estar contemplado o consagrado por el numeral anterior, ya que darle muerte a alguien por su condición es una forma extrema de discriminación; tanto se lo discrimina, que lo mata. Por tanto, en este caso, las razones de identidad de género que están mencionadas en el numeral 7º contemplarían lo que el numeral 8º define como femicidio, por lo menos, en cuanto a su concepto.

Después vienen las presunciones, que creo que entrañan algunos riesgos -algunos fueron descriptos por el doctor Spangenberg y otros por el doctor Aller-, ya que esta no es una enumeración taxativa; aquí se enuncian tres hipótesis que no son exclusivas o excluyentes de otras. Además, me parece que algunas de ellas, como la del literal B), podrían estar contempladas en la modificación del artículo 311, que habla precisamente de dar muerte a determinada persona con la que se haya tenido relación de afectividad, intimidad, etcétera, y las otras podrían estar en el numeral 7º, es decir que podrían representar formas de discriminación. En ese sentido, creo que el numeral 8º podría ser, simplemente, una reiteración más descriptiva o detallista de lo que viene resuelto por el Código en los numerales anteriores.

Quisiera que el doctor Spangenberg nos diera su opinión al respecto, ya que me gustaría saber si entiende que es así, o si considera que -desde el punto de vista teórico- la necesidad imperiosa de establecer esto en el numeral 8º tiene otros fundamentos.

SEÑOR DE LOS SANTOS (Darcy).- En realidad, no participo de los debates; generalmente, escucho, leo las versiones taquigráficas y luego trato de procesar todo con los asesores que nos asisten en lo que tiene que ver con el derecho.

De todos modos, en esta oportunidad me motivó algo que se dijo sobre el numeral 8º del artículo 312, que habla del desprecio y menosprecio, que varios han dicho que se trata de una redundancia, ya que son sinónimos.

En realidad, nuestro derecho consagra a todos los seres humanos como libres e iguales, pero si alguien manifestara de alguna forma el sentimiento de propiedad sobre otra persona, ya sea su pareja -del sexo que fuere-, sus hijos, sus padres o inclusive alguien con quien mantiene una relación laboral, estaría ejerciendo un cierto desprecio hacia esa persona ya que, en definitiva, la estaría subvalorando por considerar que es parte de su propiedad. Por tanto, quisiera saber si en las declaraciones de los autores de los delitos que pretende encauzar esta ley es frecuente encontrar ese sentimiento de propiedad sobre las mujeres que mataron.

SEÑOR GONZÁLEZ (Pablo).- Quisiera plantear dos dudas que me surgieron al escuchar la intervención del doctor Spangenberg.

En primer lugar, se hizo una alusión a que en la reventa de entradas de espectáculos públicos tampoco estaba claro el bien público a proteger. Me parece que comparar una falta con un delito como un homicidio que implica quince años no es algo sencillo de interpretar.

En segundo término, se hizo un comentario acerca de que esta ley nos pondría en sintonía con la Convención de Belém do Pará. A esa Convención corresponde la Ley Nº 16.735, del año 1996, que está vigente en nuestro país. No sé si esto sería un paso posterior a esa Convención porque a mi entender está vigente en nuestro país, tiene rango de ley y se aplica actualmente.

SEÑOR SPANGENBERG (Mario).- Efectivamente, la Convención de Belém do Pará fue ratificada por nuestro país y usualmente esos cuerpos normativos internacionales en materia de derechos fundamentales establecen comisiones y tribunales, pero en lo que hace a la sustancia del asunto tienen dos partes: por un lado, establecen o reconocen derechos y en no pocas ocasiones -y eso precisamente es lo que ocurre en esta Convención- obligan a los Estados a implementar medidas en su derecho interno que hagan carne lo que es aspiración en la propia Convención. Desde ese punto de vista, la Convención -creo que el artículo 7º- establece que deben adoptarse medidas legislativas, por ejemplo en materia penal, por lo recomienda u obliga a los Estados parte. Hace unas décadas en el pensamiento jurídico se hubiera dicho que se “recomienda a los Estados partes”; según la dogmática constitucional actual y en materia de derechos fundamentales todo reconocimiento de derechos a nivel internacional trae aparejada la obligación del Estado ratificante a brindar el mayor estándar posible de protección al derecho fundamental y eso en no pocas ocasiones viene enmarcado por las convenciones internacionales.

En relación a si el sentimiento de propiedad no es una forma de desprecio debo decir que creo que sí, pero es más específico y en este sentido me parece que es claro que esa definición doctrinaria sobre el tema está porque dota de una mayor especificidad al motivo. En ese sentido, me parece que además es particularmente ilustrativa; quizás no lo sea tanto incorporar dos palabras a continuación, ya que una es sinónimo de la otra y no termina de aclarar.

Desconozco si en las declaraciones de los imputados se alega alguna cuestión de este tipo. Además, aquí ya estamos llegando muy tarde y en muchos de estos casos el individuo intenta autoeliminarse. Entonces, no sé si llegaremos a conocer lo que declare o no, o los motivos que aduzca o no, si es que aduce alguno; a lo sumo, en el mejor de los casos estaremos ante una tentativa de homicidio.

Con respecto a la consulta de si estas hipótesis ingresan en el artículo 7º, puedo decir que creo que según esta redacción u otra se llama más a las cosas por su nombre. Por lo menos según la experiencia en el derecho comparado buena parte de las legislaciones, no solo en América Latina sino también en Europa, de algún modo quieren evidenciar el flagelo de la violencia de género a través de hipótesis específicas que permitan a un mismo tiempo saber si en cada caso estamos ante un homicidio cometido por violencia de género o no.

Respecto a la interrogante del diputado Pasquet, puedo decir que también podrían ingresar algunas de estas hipótesis en el parenticidio, pero igualmente ingresan otras que no tienen que ver con la violencia de género. Creo que este proyecto explicita la hipótesis que corresponde a situaciones de violencia de género y en ese sentido es que -obviamente- me referí a una desigualdad social que provoca una violencia de género. Claramente, no es mi opinión; eso sería ingresar en algo contradictorio.

El diputado Pasquet también me consultó si conocía algún caso de un homidicio “por su condición de tal” y debo decir que no. Creo, sin embargo, que aquí yace la tensión extra entre las dos dimensiones que planteaba, es decir la dimensión global del fenómeno de la violencia de género y, al mismo tiempo, esa traducción que tenemos que hacer al acto concreto en el cual imputa responsabilidades el derecho penal.

SEÑORA PRESIDENTA.- Han sido respondidas todas las consultas.

Agradecemos la presencia del doctor Mario Spangenberg.

(Se retira de sala el doctor Mario Spangenberg)

——Aclaramos que hemos decidido cambiar la reunión del próximo miércoles para el martes 27 a la hora 15.

Estamos en condiciones de comenzar a analizar varios temas, lo que comenzaríamos a hacer en la próxima sesión.

Con respecto a las modificaciones del Código del Proceso Penal, quedamos a la espera de saber si estamos en condiciones de aprobarlas todas o al menos la que ingresó recientemente.

(Diálogos)

——Se levanta la reunión.